

Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug

(Art. 163/164 StGB)

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

THOMAS MÜLLER

von Winterthur ZH und Reuti TG

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Jörg Rehberg

1982

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug

(Art. 163/164 StGB)

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

THOMAS MÜLLER

von Winterthur ZH und Reuti TG

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Jörg Rehberg

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät
gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender
Dissertation, ohne damit zu den darin ausgespro-
chenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 26. Mai 1982

Der Dekan:
Prof. Dr. E. Stark

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer
Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 10 der Reihe

Zürcher Studien zum Strafrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung
der Universität Zürich von R. Hauser, P. Noll und
J. Rehberg

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1982
Druck: Schüler AG, Graphische Anstalt, Biel



Für Irene, Patrick und Sandra
Meinen Eltern in Dankbarkeit



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
LITERATURVERZEICHNIS	VI
MATERIALIEN	X
ABKUERZUNGSVERZEICHNIS	XII
A. Einleitung und Zielsetzung der Arbeit	1
B. Ueber die Bedeutung von Art. 163 und Art. 164 StGB in der Praxis	4
C. Ueberblick über die Entstehungsgeschichte von Art. 163 und Art. 164 StGB	8
I. Rechtszustand vor 1. Januar 1892	8
II. Das kantonale Betreibungsstrafrecht nach Inkrafttreten des SchKG	9
III. Der Vorentwurf von 1894	11
IV. Erste Expertenkommission und Vorentwurf 1896	13
V. Kleine Expertenkommission und Vorentwürfe 1903 und 1908	16
VI. Zweite (grosse) Expertenkommission sowie Vorentwurf 1916 und Entwurf 1918	20
VII. Die Beratungen im Parlament	24
D. Begriff und Arten der Betreibungs- und Konkursdelikte im StGB	28
I. Der Begriff der Betreibungs- und Konkursdelikte	28
II. Systematische Stellung der Betreibungs- und Konkursdelikte im StGB	29
III. Die Gliederung der Betreibungs- und Konkursdelikte	30
1. Die Gliederung anhand der Zwangsvollstreckungs- arten	30
2. Die Gliederung anhand des geschützten Rechts- guts	32

E. Abgrenzung zwischen Art. 163 und Art. 164 StGB: Eine Uebersicht	34
I. Vorbemerkungen	34
II. Die einzelnen Unterschiede	34
III. Kritische Anmerkungen	36
F. Geschütztes Rechtsgut und Handlungsobjekt	39
I. Vorbemerkungen	39
II. Die Begriffe des geschützten Rechtsguts und des Handlungsobjekts	40
III. Das geschützte Rechtsgut bei den Strafbestimmungen für betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug	42
1. Vorbemerkungen	42
2. Art. 163 und Art. 164 StGB als Delikte gegen Geldforderungen	44
3. Art. 163 und Art. 164 StGB sind keine Delikte gegen die Rechtspflege	49
IV. Das Handlungsobjekt beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug	54
G. Konkurseröffnung und Ausstellung eines Verlustscheins als Voraussetzungen der Strafbarkeit	55
I. Rechtsnatur dieser Voraussetzungen und ihre Folgen	55
II. Konkurswiderruf, Konkurseinstellung und Erlöschen des Verlustscheins	60
1. Konkurswiderruf	60
2. Erlöschen des Verlustscheins	64
3. Konkurseinstellung	65
III. Der Verlustschein als Strafbarkeitsbedingung	66
1. Definitiver Verlustschein	66
2. Provisorischer Verlustschein	66
3. Pfandausfallschein	72
4. Konkursverlustschein	73
IV. Mängel des Betreibungs-, Pfändungs- und Konkursverfahrens	73
V. Kritische Anmerkungen	77
1. Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit der subjektivistischen Schuldlehre?	77

	Seite
2. Notwendigkeit der Verwendung objektiver Strafbarkeitsbedingungen im Rahmen von Art. 163/164 StGB?	78
3. Fragwürdigkeit von Formulierung und inhaltlicher Ausgestaltung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen bei Art. 163 und Art. 164 StGB	83
H. Tatbestandsmässigkeit	88
I. Die objektiven Tatbestandselemente von Art. 163 und Art. 164 StGB	88
1. Der Täter	88
1.1. Der Schuldner als Täter bei Art. 163 und Art. 164 StGB	88
1.2. Der Dritte als Täter (Art. 163 Ziff. 2 und Art. 164 Ziff. 2 StGB)	94
1.3. Deliktsbegehung durch juristische Personen und Handelsgesellschaften (Art. 172 StGB)	103
2. Die Tathandlung	112
2.1. Vorbemerkungen	112
2.2. Bedrängte Vermögenslage des Schuldners kein objektives Tatbestandsmerkmal	114
2.3. Das Vermögen des Schuldners als Angriffsobjekt	118
2.4. Zeitpunkt der strafbaren Handlung	124
2.5. Tatsächliche oder scheinbare Vermögensverminderung im allgemeinen	129
2.5.1. Art. 163 und Art. 164 StGB als Erfolgsdelikte	129
2.5.2. Der Begriff der Vermögensverminderung	131
2.6. Tatsächliche Vermögensverminderung	140
2.6.1. Beschädigen	140
2.6.2. Zerstören	141
2.6.3. Unbrauchbarmachen	141
2.6.4. Entwerten	142
2.6.5. Veräussern	144
2.6.6. Andere tatsächlich vermögensvermindernde Handlungen	145
2.7. Scheinbare Vermögensverminderung	147
2.7.1. Vorbemerkungen	147
2.7.2. Beiseiteschaffen	149

	Seite
2.7.3. Verheimlichen	153
2.7.4. Vortäuschen von Schulden	160
2.7.5. Anerkennung vorgetäuschter Forderungen	162
2.7.6. Veranlassen Dritter zur Geltendmachung vorgetäuschter Forderungen	162
2.7.7. Vorspiegelung eines geringeren Vermögensbestandes, besonders durch falsche Buchführung und Bilanz (Art. 163 StGB)	163
3. Erfolg der strafbaren Handlung	167
3.1. Vorbemerkungen	167
3.2. Verwertungsverlust als Erfolg	168
3.3. Erschwerung der Zwangsvollstreckung als Erfolg	170
3.4. Auswirkungen von Pfändbarkeit und Verwertbarkeit auf den Erfolgseintritt	175
3.5. Vollendung	178
II. Die subjektiven Tatbestandselemente von Art. 163 und Art. 164 StGB	182
1. Vorsatz	182
2. Tatbestandsirrtum (Art. 19 StGB)	189
I. Besondere Formen tatbestandsmässigen Verhaltens	194
I. Versuch	194
1. Abgrenzung des Versuchs von der straflosen Vorbereitung	194
2. Unvollendeter Versuch (Art. 21 StGB)	196
3. Vollendeter Versuch (Art. 22 StGB)	198
4. Untauglicher Versuch (Art. 23 StGB)	200
II. Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft	204
1. Vorbemerkungen	204
2. Mittäterschaft	208
3. Mittelbare Täterschaft	211

	Seite
III. Teilnahme	212
1. Anstiftung	212
2. Helferschaft	215
K. Rechtswidrigkeit	217
I. Vorbemerkungen	217
II. Einzelne Rechtfertigungsgründe	218
L. Schuld	225
I. Vorbemerkungen	225
II. Zurechnungsunfähigkeit (Art. 10 StGB)	226
III. Verbotsirrtum (Art. 20 StGB)	226
IV. Unzumutbarkeit normgemässen Verhaltens	230
M. Konkurrenzfragen	231
I. Merheit von Handlungen gemäss Art. 163 Ziff. 1 und Art. 164 Ziff. 1 StGB	231
II. Konkurrenz zwischen Art. 163/164 StGB und anderen Betreibungs- und Konkursdelikten	231
1. Art. 163/164 StGB und Art. 323 - 325 StGB	231
2. Art. 163/164 StGB und Art. 165 StGB	232
3. Art. 163/164 StGB und Art. 166 StGB	234
4. Art. 163/164 StGB und Art. 167 StGB	234
5. Art. 163/164 StGB und Art. 169 StGB	235
III. Konkurrenz zwischen Art. 163/164 StGB und weiteren Tatbeständen des StGB	237
1. Art. 163/164 StGB und Art. 140 StGB	237
2. Art. 163/164 StGB und Art. 148 StGB	238
3. Art. 163/164 StGB und Art. 147 StGB	239
4. Art. 163/164 StGB und Art. 251 bzw. Art. 253 StGB	240
N. Verfahrensrechtliche Probleme	241
I. Gerichtsstand	241
II. Verjährung	244
O. Schlussbemerkungen	245

LITERATURVERZEICHNIS

-
- | | |
|---------------------|--|
| Aeschbacher | Aeschbacher Rudolf, Pfändungs- und Konkursdelikte in kriminologischer Sicht, Diss. Zürich, 1969 |
| Amonn | Amonn Kurt, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1980 |
| Baumann | Baumann Jürgen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bielefeld 1977 |
| Caspar | Caspar Lorenz, Betrügerischer Konkurs, Pfändungsbetrug, Leichtsinniger Konkurs und Vermögensverfall gemäss Art. 163 - 165 StGB in ZStR 87 (1971) S. 12 ff. |
| Corrodi | Corrodi Gottlieb, Der Pfändungsbetrug, Diss. Zürich, 1922 |
| Dressler | Dressler Hans, Aus der Kantonalen Judikatur zum Art. 165 Ziffer 2 des Strafgesetzbuches, in ZStR 69 (1954) S. 528 ff. |
| Fehr | Fehr Otto, Die Strafbestimmungen im Betreibungsverfahren nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch und ihre Anwendung durch den zürcherischen Betreibungsbeamten und Gemeindeammann, in BLSchK 6(1942) S. 129 ff. |
| Fritzsche | Fritzsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2 Halbbände, 2. Auflage, Zürich 1967/1968 |
| Germann, Verbrechen | Germann Oscar Adolf, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942 |
| Gilliéron | Gilliéron Pierre-Robert, Faut-il réviser les dispositions du Code pénal relatives aux infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes?, in ZStR 88(1972) S. 303 ff. |
| Haeffliger | Haeffliger Arthur, Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug in der Rechtsprechung, in BLSchK 18(1954) S. 97 ff. |
| Hafer AT | Hafer Ernst, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1926 |

- Hafter BT I Hafter Ernst, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. I, Berlin 1937
- Hafter BT II Hafter Ernst, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. II, Berlin 1943
- Hafter I Hafter Ernst, Betrachtungen zum Konkurs- und Betreibungsstrafrecht, 1. Stück: Grundlagen, in ZStR 49(1935) S. 385 ff.
- Hafter II Hafter Ernst, Betrachtungen zum Konkurs- und Betreibungsstrafrecht, 2. Stück: Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug, in ZStR 50(1936) S. 1 ff.
- Hauser Hauser Robert, Kurzlehrbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, Basel und Stuttgart, 1978
- Hauser/Rehberg Hauser Robert und Rehberg Jörg, Strafrecht I (Verbrechenslehre), Vorlesungsskriptum, 2. Auflage, Zürich 1980
- Jaeger Jaeger Carl, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, Zürich 1911
- Jäger/Klug Jäger Ernst und Klug Ulrich, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 9. Auflage, Berlin/New York, 1977
- Jeschek Jeschek Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1978
- Karmann Karmann J., Der strafrechtliche Schutz des Konkursverfahrens, in Bl SchK 7(1943) S. 33 ff.
- Kunz Kunz Werner, Die Gerichtspraxis zum Art. 163 StGB(Betrügerischer Konkurs), Diss. Basel 1963 (ungedruckt)
- Lenherr Lenherr Emil, Der Pfändungsbetrug im Schweizerischen Recht, Diss. Bern 1938
- Logoz Logoz Paul, Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie spéciale, Vol. I und II, Neuchâtel 1955/1956
- Löffler Löffler Alexander, Der Schutz der Gläubigerrechte in den schweizerischen Vorentwürfen, in ZStR 29(1916) S. 73 ff.

Maurach BT I	Maurach Reinhart, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. I, Straftaten gegen Personen und Vermögenswerte, 6. Auflage, Karlsruhe 1977
Meyer	Meyer René, Die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, Diss. Zürich 1972
Mezger/Blei AT	Mezger Edmund/Blei Hermann, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Auflage, München 1977
Müller	Müller Robert, Die Betreibungs- und Konkursdelikte in der Judikatur, in BLSchK 20(1956) S. 1 ff. und S. 33 ff.
Petrzilka	Petrzilka Werner, Zürcher Erläuterungen zum Schweizerischen Strafbuch, Winterthur 1942
Rehberg	Rehberg Jörg, Strafrecht III (Delikte gegen den Einzelnen), Vorlesungsskriptum, 2. Auflage, Zürich 1980
Rimann	Rimann Bernhard, Wirtschaftskriminalität. Die Untersuchung bei Wirtschaftsdelikten (nach zürcherischem Recht), Diss. Zürich 1973
Schmid, Verantwortlichkeit	Schmid Niklaus, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Schwindel- und Strohmanngesellschaften, in ZStR 87 (1971) S. 247 ff.
Schmid, Wirtschaftsstraftäter	Schmid Niklaus, Der Wirtschaftsstraftäter, in ZStR 92(1976) S. 51 ff.
Schmid, Wirtschaftskriminalität im Bankenwesen	Schmid Niklaus, Banken zwischen Legalität und Kriminalität. Zur Wirtschaftskriminalität im Bankenwesen, Heidelberg 1980
Schönke/Schröder	Schönke Adolf/Schröder Horst, Strafbuch, 20. Auflage, München 1980
Schultz AT I	Schultz Hans, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. I, 3. Auflage, Bern 1977
Schultz AT II	Schultz Hans, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. II, 3. Auflage, Bern 1977
Schwander	Schwander Vital, Das Schweizerische Strafbuch, 2. Auflage, Zürich 1964

- Schwander SJK 1128 Schwander Vital, Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug, in Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 1128
- Schwander SJK 1129 Schwander Vital, Leitsinniger Konkurs und Vermögensverfall; Gläubigerbevorzugung, in Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 1129
- Schwander SJK 1130 Schwander Vital, Verstrickungsbruch und Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrags, in Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 1130
- Schwander SJK 1131 Schwander Vital, Unterlassung der Buchführung, in Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 1131
- Schwander SJK 1132 Schwander Vital, Der Stimmenkauf, in Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 1132
- Schwander SJK 1133 Schwander Vital, Betreibungsrechtlicher Ungehorsam, in Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 1133
- Segesser von Brunegg Segesser von Brunegg Ludwig, Die Konkursverbrechen des deutschen Rechts, Berner Habilitationsschrift 1914
- Stieger Stieger Erich, Buchführungsdelikte (Strafbare Handlungen im Zusammenhang mit der kaufmännischen Buchführung nach Art. 957 - 962 OR und ihre Erfassung durch das StGB), Diss. Zürich 1975
- Stooss Grundzüge Stooss, Carl, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt, Bd. II, Basel und Genf 1893
- Stooss Schweizerische Strafgesetzbücher Stooss Carl, Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt, Basel und Genf 1890
- Stratenwerth BT I Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I (Straftaten gegen Individualinteressen), 2. Auflage, Bern 1978
- Stratenwerth BT II Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II (Straftaten gegen Gemeininteressen), 2. Auflage, Bern 1978
- Thormann/von Overbeck Thormann Philipp/von Overbeck Alfred, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 3 Bände, Zürich 1940 - 1943

von Tuhr/Peter	von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1974
Wach	Wach Adolf, Der Bankerutt und die verwandten Delikte, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil Bd. 8 S. 1 ff., Berlin 1905 - 1907
Willi	Willi Peter, Der betrügerische Bankrott, Diss. Zürich 1917
Zürcher Emil	Zürcher Emil, Die Strafbestimmungen zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, in ZStR 2(1889) S. 293 ff.
Zürcher Erläuterungen	Zürcher Emil, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Bern 1914

MATERIALIEN

E 1918	Entwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch gemäss Botschaft des Bundesrates in BBl 1918 IV S. 1 ff.
Protokoll Expertenkommission II	Protokoll der vom Schweizerischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf 1908 zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch (sog. 2. oder grosse Expertenkommission), Bd. 1 - 9, 1912 bis 1916
Statistisches Jahrbuch	Statistisches Jahrbuch der Schweiz, jährliche Bände, herausgegeben vom Bundesamt für Statistik Bern
Sten Bull Sonderausgabe NR	Stenografisches Bulletin der Bundesversammlung zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Sonderausgabe 1928 - 1937, Verhandlungsberichte Nationalrat

Sten Bull Sonderausgabe StR	Stenografisches Bulletin der Bundesversammlung zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Sonderausgabe 1931 - 1937, Verhandlungsberichte Ständerat
Stooss VE 1894	Stooss Carl, Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch mit Motiven, Basel und Genf, 1893/1894
Strafurteile in der Schweiz	Die Strafurteile in der Schweiz, jährliche Hefte, herausgegeben vom Bundesamt für Statistik in Bern (bis 1968 Schweizerische Kriminalstatistik)
VE 1896	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der 1. Expertenkommission
VE 1903	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der vom Eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchsicht des Vorentwurfs von 1896 beauftragten (sog. kleinen) Expertenkommission
VE 1908	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Neue Fassung der Expertenkommission April 1908, Bern 1909
VE 1916	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Fassung der 2. Expertenkommission, Bern 1916
Verhandlungen der Expertenkommission	Protokoll der Verhandlungen der vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen 1. Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch (2 Bände)

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

a.a.o.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
A.F.	Alte Folge
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Ämtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Eidgenössische Gesetzesammlung)
AT	Allgemeiner Teil
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	Bern
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BR	Bundesrat
BS	Basel
BT	besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
E	Entwurf
Erw.	Erwägung
Extraits	Extraits des principaux Arrêts du Tribunal Cantonal (Fribourg)
f.	und folgende Seite
ff.	und folgende Seiten
h.M.	herrschende Meinung
i.d.R.	in der Regel
i.S.	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit

KO	deutsche Konkursordnung
loc. cit.	am zitierten Ort
Maximen	Entscheidungen des Obergerichts des Kantons Luzern
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note
N.F.	Neue Folge
Nr.	Nummer
NR	Nationalrat
op. cit.	das (im) angegebene(n) Werk
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
PKG	Praxis des Kantonsgerichts Graubünden
Praxis	Die Praxis des Bundesgerichts
RB	Rechenschaftsbericht
RStrS	Rechtssprechung in Strafsachen
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
Sem.jud.	Semaine judiciaire
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SO	Solothurn
SOG	Auszüge aus den Entscheidungen des Obergerichts des Kantons Solothurn
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
TG	Thurgau
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZH	Zürich
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechts- sprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

A. EINLEITUNG UND ZIELSETZUNG DER ARBEIT

Die Konkurs- und Betreibungsverbrechen und -vergehen des 2. Titels, 4. Abschnitt des StGB haben bis heute in der juristischen Literatur der Schweiz recht wenig Beachtung gefunden, wobei diese Feststellung insbesondere für die beiden Tatbestände von Art. 163 StGB (betrügerischer Konkurs) und Art. 164 StGB (Pfändungsbetrug) zutrifft. Dies muss erstaunen, steht doch die Wirtschaftskriminalität¹, welcher sowohl das Delikt des betrügerischen Konkurses wie auch das des Pfändungsbetrugs im allgemeinen zugerechnet werden², in den letzten Jahren vorallem als Folge einiger spektakulärer Fälle vermehrt im Zentrum des öffentlichen Interesses und die gesetzgeberischen sowie organisatorischen Anstrengungen zu ihrer Bekämpfung wurden auf verschiedenen Ebenen erheblich intensiviert. Parallel zu einer gesteigerten Publizität in den Massenmedien dürfte zudem auch das Unrechtsbewusstsein beim Publikum gegenüber derartigen Straftaten heute wesentlich grösser sein als noch anfangs der sechziger Jahre.³

1 Vgl. die Definitionen bei Rimann, S. 42 ff. und Schmid, Wirtschaftskriminalität im Bankenwesen, S. 1 ff. .

2 Schmid, Wirtschaftskriminalität im Bankenwesen, S. 11 und Rimann, S. 51

3 Die auf Zirpins abgestützte Feststellung von Rimann (S. 66), wonach das Unrechtsbewusstsein der Öffentlichkeit gegenüber derartigen Straftaten gering sei, dürfte heute in dieser allgemeinen Form nicht mehr zutreffen. Es muss darauf hingewiesen werden, dass beispielsweise im Kanton Zürich auf Anregung einer Zeitung ("Züri-Leu") eine Volksinitiative für eine bessere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von über 8'000 Personen unterzeichnet und eine diesbezügliche Gesetzesrevision in der Volksabstimmung mit wuchtiger Mehrheit angenommen wurde; vgl. Schmid, Wirtschaftskriminalität im Bankenwesen, S. 201 f. .

Ueber die Gründe dieser mangelnden wissenschaftlichen Auseinandersetzung bestehen lediglich Vermutungen. In Betracht kommt möglicherweise die kaum restlos geglückte Formulierung einzelner Tatbestände im Gesetz, gerade auch derjenigen von Art. 163 StGB und Art. 164 StGB, und die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten sowie die nicht durchwegs völlig einsichtige Systematik des 4. Abschnitts als Ganzes. Grosse Probleme bereitete und bereitet aber offensichtlich auch die relativ enge Verflechtung dieser strafrechtlichen Bestimmungen mit jenen des SchKG, zu deren Ergänzung und Schutz die Art. 163 bis Art. 172 StGB nicht zuletzt aufgestellt wurden.¹ Auf Probleme dieser Art wiesen jedenfalls bereits Wach² sowie weitere Autoren³ hin und ein Blick in die Protokolle über die mühevolle und wechselhafte Gesetzgebungsarbeit in Parlament und Kommissionen mit Bezug auf die Insolvenzdelikte kann nur als Bestätigung dieser Auffassungen betrachtet werden.⁴

Neben dem gesteigerten Interesse der Oeffentlichkeit an Fällen von Wirtschaftskriminalität und der damit einhergehenden Verstärkung der Anstrengungen zu ihrer Bekämpfung rechtfertigt aber auch die nicht zu unterschätzende Bedeutung der Insolvenzdelikte in

1 Art. 25 Ziff. 3 SchKG verlangte von den Kantonen die Einführung der zur Vollziehung des Gesetzes erforderlichen Strafbestimmungen. Mit der Vereinheitlichung des Strafrechts in der Schweiz wurden Art. 25 Ziff. 3 SchKG aufgehoben und die verschiedenen kantonalen Bestimmungen durch die Vorschriften von Art. 163 ff. StGB ersetzt; vgl. Art. 398 lit. c StGB und hinten S. 11 ff.

2 Wach, S. 1

3 Corrodi, S. 9; Willi, S. 9; Hafter I, S. 385 ff.; Müller, S. 1 f.

4 Vgl. hinten S. 8 ff.

zahlenmässiger und wirtschaftlicher Hinsicht¹ eine nähere Untersuchung dieser Tatbestände, wobei sich die vorliegende Arbeit auf die beiden vom Gesetzgeber mit der schwersten Strafdrohung versehenen Bestimmungen von Art. 163 und Art 164 StGB beschränkt²; eine Ausweitung auf weitere Bestimmungen des 4. Abschnitts würde angesichts der Fülle der sich stellenden Probleme den Rahmen einer Dissertation bei weitem sprengen und auf Kosten einer vertieften Abklärung gehen.

Hauptziel der vorliegenden Arbeit ist es, den Stand der Lehre und Gerichtspraxis zur Art. 163 und Art. 164 StGB festzuhalten. Berücksichtigt werden dabei sämtliche publizierten Entscheidungen des Bundesgerichts sowie kantonaler Gerichte seit 1942 bis Ende 1981. Literatur und Praxis werden, wo nötig, einer kritischen Ueberprüfung unterzogen. Nicht zu übersehen ist dabei, dass manche Unsicherheiten und Unebenheiten in Lehre und Praxis teilweise auf die nicht in allen Teilen befriedigende gesetzliche Regelung zurückgeführt werden müssen. Wenn es deshalb auf dem Wege der vorliegenden Arbeit gelingen sollte, einerseits dem Praktiker den Umgang mit dem bestehenden Gesetz zu erleichtern und damit einen Beitrag zur wirksameren Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität zu leisten, andererseits Anregungen für eine zukünftige Revision³ zu vermitteln, so hätte sie ihren Zweck erfüllt.

1 Aeschbacher, S. 9; vgl. hinten S. 4 ff. .

2 Von allen Delikten des 4. Abschnitts steht in der Praxis allerdings Art. 169 StGB eindeutig im Vordergrund.

3 vgl. Gilliéron, S. 303 ff. und Schmid, Wirtschaftsstraftäter, S. 96

B. UEBER DIE BEDEUTUNG VON ART. 163 UND ART. 164 StGB
IN DER PRAXIS

Die Zahl der geahndeten Verurteilungen gemäss Art. 163 StGB hat im Laufe der letzten dreissig Jahre tendenziell leicht zugenommen. 1949 wurden 8 Verstösse registriert¹, 1966 deren 12. Nach einem Anschnellen im Jahre 1970 (32 Verstösse), flachte die Kurve 1971 auf 6 ab, um sich hernach zwischen 10 und 14 pro Jahr einzupendeln. Seit 1976 ist wieder ein Anstieg auf ein deutlich höheres Niveau zu beobachten.²

Uneinheitlich ist die Tendenz mit Bezug auf den Pfändungsbetrug. Die jährlichen Zahlen der geahndeten Verstösse liegen zwischen 47 (1961) und 19 (1971), wobei jedoch auch hier seit 1976 ein konstant relativ hohes Niveau verzeichnet werden muss.³ Ein Vergleich dieser absoluten Zahlen mit den entsprechenden Werten anderer Vermögensdelikte könnte zum Schluss verleiten, beim betrügerischen Konkurs bzw. beim Pfändungsbetrug handle es sich um wenig begangene Delikte. So wurden beispielsweise 1979 2289 Verurteilungen wegen Art. 148 StGB (Betrug) registriert.⁴

Werden jedoch die geahndeten Verstösse gegen Art. 163 StGB und Art. 164 StGB in Beziehung gesetzt zur Anzahl der theoretischen Möglichkeiten, diese Delikte

1 Das verwendete Zahlenmaterial stützt sich auf "Straf-urteile in der Schweiz", jährlich herausgegeben vom Bundesamt für Statistik in Bern (bis 1968 unter der Bezeichnung "Schweizerische Kriminalstatistik").

2 1976: 31; 1977: 42; 1978: 42; 1979: 36

3 1976: 43; 1977: 35; 1978: 42; 1979: 35

4 1974 z.B. 1925 Verstösse gegen Art. 148 StGB und 7339 gegen Art. 137 StGB

zu begehen¹, so ergibt sich, wie Aeschbacher für die ganze Gruppe der Insolvenzdelikte zu Recht festgestellt hat², ein doch grundlegend anderes Bild. So wurden zum Beispiel im Jahre 1970 in der Schweiz total 1'700 Konkurse eröffnet³; 1975 waren es 2'648 und 1979 3'069. Verglichen mit den ohne Zweifel weitaus zahlreicheren Gelegenheiten, einen Diebstahl aber auch einen Betrug zu begehen, muss somit beim betrügerischen Konkurs (Art. 163 StGB) von einem häufig begangenen Delikt gesprochen werden. Was Art. 164 StGB betrifft, so lässt sich dies aufgrund des greifbaren Zahlenmaterials nicht in gleich eindeutiger Weise belegen. Insbesondere fehlen in den Statistiken Angaben über die Anzahl der ausgestellten provisorischen und definitiven Verlustscheine, was jedoch für eine Ueberprüfung unbedingt erforderlich wäre, da ein solcher nach dem Wortlaut des Gesetzes Voraussetzung einer Bestrafung wegen Pfändungsbetrugs bildet.⁴

Ueber die wirtschaftliche Bedeutung der Verstösse gegen Art. 163 StGB und Art. 164 StGB und deren Folgen für die Gläubiger liegt ebenfalls kein gesichertes Zahlenmaterial vor. Schäden und Verluste, welche direkt auf das strafbare Verhalten zurück-

1 Voraussetzung dafür, dass eine Bestrafung wegen Verstosses gegen Art. 163 oder Art. 164 StGB wie für weitere Delikte des 4. Abschnitts überhaupt stattfinden kann, bildet nach dem Gesetzeswortlaut nämlich die Konkurseröffnung bzw. die Ausstellung eines Verlustscheins.

2 Aeschbacher, S. 8/9 und S. 18

3 Die Zahlen über Betreibungen und Konkurse sind dem Statistischen Jahrbuch, 88. Jahrgang, 1980, S. 532/533 entnommen.

4 Im Statistischen Jahrbuch sind lediglich Betreibungen, Pfändungsvollzüge und Verwertungen, nicht aber die Verlustscheine aufgeführt.

gehen, können aus den verschiedensten Gründen weder beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug noch bei den übrigen Vermögensstraftaten genau ermittelt werden.¹ Immerhin sei darauf hingewiesen, dass beispielsweise im Jahre 1972 1'110 Konkursverfahren erledigt wurden. Die dabei angemeldeten Forderungen beliefen sich auf insgesamt Fr. 365'765'000.--, die Verluste für die Gläubiger in diesen Verfahren betrugen Fr. 277'306'000.--.² Bereits diese Werte sind ein Indiz für ein Schadenpotential von ganz erheblichem Umfang. Aeschbacher rechnet aufgrund seiner Untersuchung konkreter Fälle damit, dass ohne Insolvenzdelikte die durchschnittliche Konkursdividende bis zu 30 % höher ausfallen, das heisst anstatt minimal 15 % deren 45 % betragen würde.³ In absoluten Zahlen hätte dies beispielsweise 1972 eine Reduktion des Verlusts der Konkursgläubiger um rund Fr. 76'000'000.-- ausgemacht. Auch wenn ein Teil davon auf andere Delikte des 4. Abschnitts entfällt, dürfte doch damit klargestellt sein, dass auch die Auswirkung des einzelnen Verstosses gegen Art. 163 bzw. Art. 164 StGB in der Regel von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein muss.

-
- 1 Schmid, Wirtschaftskriminalität im Bankenwesen, S. 35 ff. . Bei Art. 163/164 StGB ist eine zuverlässige Schätzung auch deshalb schwierig, weil nach der Praxis (BGE 105 IV 321, 102 IV 175) irgend ein Nachteil der Gläubiger - beispielsweise eine Erschwerung des Verfahrens - genügt, das heisst die Konkursdividende im Endeffekt durch die betrügerischen Handlungen nicht beeinflusst wird. Der Gläubigerschaden bestünde diesfalls in den Kosten der zusätzlichen Umtriebe.
 - 2 Statistisches Jahrbuch 1974, S. 537
 - 3 Aeschbacher, S. 41. Für die Verhältnisse in Deutschland: Maurach BT I, S. 373.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit sollen die oben angeführten Daten als Orientierungshilfe genügen. Sie belegen deutlich, dass weder Art. 163 StGB noch Art. 164 StGB als Randdelikte zu betrachten sind und ihre schädliche Einwirkung auf das wirtschaftliche Geschehen in der Schweiz keinesfalls unterschätzt werden darf. Für weitere kriminologische Aspekte der Wirtschaftsdelikte im allgemeinen, sowie der Betreibungs- und Konkursdelikte im Besonderen sei auf die erwähnten interessanten und aufschlussreichen Untersuchungen von Schmid und Aeschbacher verwiesen.¹

1 Vgl. zusätzlich dazu auch Schmid, Wirtschaftsstraftäter, und Rimann, S. 74 ff. mit Hinweisen auf deutsche Untersuchungen vor allem Zirpins/Terstegen, Wirtschaftskriminalität, Erscheinungsformen und ihre Bekämpfung (Lübeck 1963).

C. UEBERBLICK UEBER DIE ENTSTEHUNGSGESCHICHTE VON
ART. 163 StGB UND ART. 164 StGB

I. RECHTSZUSTAND VOR 1. JANUAR 1892

Das schweizerische Betreibungsrecht zeichnete sich im 19. Jahrhundert durch eine starke Zersplitterung aus.¹ Historisch bedingte Unterschiede zwischen den einzelnen kantonalen Gesetzgebungen betrafen insbesondere die Frage, ob in der Spezialexekution oder in der General-exekution die ordentliche Fortsetzung der Betreibung zu erblicken sei. Aber auch in Kantonen, die sich prinzipiell für die gleiche systematische Lösung entschieden hatten, fanden sich in Einzelfragen materieller oder formeller Art abweichende Regelungen.² Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass auch die einzelnen kantonalen Rechtsordnungen auf dem Gebiete des Betreibungsstrafrechts damals kein einheitliches Bild ergaben.³ Immerhin stellten sämtliche Kantone betrügerische Handlungen des Schuldners im Rahmen eines Konkursverfahrens unter Strafe, allerdings mit sehr verschiedener Umschreibung der objektiven und subjektiven Voraussetzungen. Dagegen fehlten in einzelnen Kantonen

1 F. von Wyss, Die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten, ZSR A.F. Bd. 7 S. 3 ff. . Von Wyss spricht davon, bei den neuen Gesetzen sei nach gewöhnlicher Schweizerart jeder Kanton unbekümmert um die anderen in der Regel seinen eigenen Weg gegangen (a.a.o. S. 83); A. Heusler, Die Bildung des Konkursprozesses nach schweizerischen Rechten, ZSR Bd. 7 S. 117 ff. (insbesondere S. 139).

2 Heusler, a.a.o. S. 139

3 Vgl. die Zusammenstellung von Stooss, Schweizerische Strafgesetzbücher, S. 805 ff. sowie Zürcher, S. 293 ff.

Vorschriften über rechtswidrige Handlungen an mit amtlichem Beschlagnahmegeräten belegten Sachen oder Pfändern. Dort, wo solche vorhanden waren, bestanden ebenfalls einschneidende Unterschiede in der Formulierung und der Umschreibung der Strafbarkeit.^{1, 2}

II. DAS KANTONALE BETREIBUNGSSTRAFRECHT NACH INKRAFTTRETEN DES SchKG

Am 1. Januar 1982 trat nach umfangreichen Vorarbeiten³ das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 in Kraft. Es brachte eine Vereinheitlichung der Zwangsvollstreckung für die ganze Schweiz. Obwohl sich dieses Gesetz auf die Regelung von Konkurs und Betreibung sowie der entsprechenden Verfahren beschränkte, wirkte es auch auf dem Gebiete des Strafrechts als Katalysator für eine Angleichung der bisherigen kantonalen Regelungen im Bereich der Betreibungs- und Konkursvergehen.^{4, 5}

1 Stooss, Schweizerische Strafgesetzbücher, S. 822 ff.

2 Ueber die Gründe hiefür: Lenherr, S. 6.

3 Vgl. zur Vorgeschichte der Gesetzesrevision
BB1 1886 II S. 3 ff. .

4 Gemäss Art. 25 Ziff. 3 SchKG hatten die Kantone die zur Vollziehung des Gesetzes erforderlichen Strafbestimmungen festzulegen; AS N.F. Bd. 11 S. 534.

5 Stooss, Grundzüge, S. 137
Corrodi, S. 12

Nach übereinstimmender Auffassung hatten die von den Kantonen aufzustellenden Strafbestimmungen in erster Linie einen geordneten Ablauf des Betreibungs- und Konkursverfahrens sicherzustellen.¹ Verschiedene Autoren erblickten in Art. 25 Ziff. 3 SchKG überdies eine Ermächtigung der Kantone, über den blossen Schutz des Verfahrens hinaus alles anzuordnen, was zu einer wirksamen Durchsetzung des Gesetzes notwendig erschien, insbesondere auch den Schutz der Gläubigerrechte vor betrügerischen Manipulationen des Schuldners.² Erhoben wurde in diesem Zusammenhang auch das Postulat einer möglichst einheitlichen Regelung des Betreibungs- und Konkursstrafrechts für das gesamte Gebiet der Eidgenossenschaft.³

Ein wesentliches Verdienst dafür, dass es in der Folge in einer ganzen Reihe von Kantonen zu übereinstimmenden Lösungen kam, kann Emil Zürcher für sich in Anspruch nehmen. Er publizierte einen Entwurf für ein "Strafgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs"⁴, in welchem er nicht nur die vom SchKG ausdrücklich geforderten Ungehorsamstatbestände zum Schutz des Betreibungs- und Konkursverfahrens aufnahm, sondern getreu seiner Auffassung auch Bestimmungen zur Sicherung der Gläubigerrechte. Dazu gehörten die Pfand-

1 Art. 91, 96, 163, 164, 222, 229 und 232 SchKG enthielten ausdrückliche Hinweise auf allfällige Straffolgen bei Ungehorsam im Verfahren.

2 Zürcher, S. 309/310; Weber/Brüstlein, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs für den praktischen Gebrauch erläutert, 2. Auflage 1901, N. 7 zu Art. 25 SchKG

3 Zürcher, S. 339 und 343

4 Zürcher, S. 340 ff.

unterschlagung, der betrügliche Bankrott, die Begünstigung von Gläubigern, der leichtsinnige Bankrott, der Pfändungsbetrug und das leichtsinnige Schuldenmachen.¹ Der Vorschlag von Zürcher wurde vom Bundesrat den Ständen als Richtschnur empfohlen, was zur erwähnten teilweisen Vereinheitlichung der kantonalen Regelungen ebenfalls beigetragen haben dürfte.^{2, 3} Mit Bezug auf Pfändungsbetrug ergab sich sogar eine praktisch lückenlos einheitliche, nur in Details voneinander abweichende gesetzliche Regelung. Was den betrügerischen Konkurs betrifft, so blieben indessen eine ganze Anzahl von Kantonen bei ihren bisherigen Tatbeständen.⁴

III. DER VORENTWURF VON 1894

Art. 83 bis 86 des von Carl Stooss im August 1894 veröffentlichten Vorentwurfs zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, welche die Betreibungs- und Konkursdelikte zum Gegenstand hatten, figurierten in der Gruppe der Verbrechen gegen das Vermögen. Der Entwurf von Stooss brach resolut mit der bisher üblichen kasuistischen Regelung der einzelnen Tatbestände. Ebenso entfiel eine Aufteilung in betrügerischen Bankrott einerseits, Pfändungsbetrug andererseits. An deren

-
- 1 Vgl. den genauen Wortlaut der einzelnen Bestimmungen bei Zürcher, S. 340 ff.
 - 2 Kreisschreiben des Bundesrats an sämtliche eidgenössischen Stände vom 28. Januar 1890, BBl 1890 I S. 220 ff.
 - 3 Stooss, Grundzüge, S. 140; über die Abweichungen: vgl. die detaillierte Uebersicht bei Lenherr, S. 10 ff.
 - 4 Stooss, Grundzüge, S. 149 ff.

Stelle trat ein allgemeiner Tatbestand, der von Stooss mit "Schädigung der Gläubiger" überschrieben wurde.^{1, 2, 3} Eine Regelung der Ungehorsamstatbestände fehlt im Vorentwurf von 1894.⁴

Der Vorschlag von Stooss über die Neugestaltung der Insolvenzdelikte unterschied sich somit nicht nur in der Form, sondern auch inhaltlich wesentlich vom Entwurf Zürchers und den darauf beruhenden kantonalen Regelungen. So wurde beispielsweise ausdrücklich eine Schädigung der Gläubiger vorausgesetzt, ein Tatbestandsmerkmal, das in dieser Form bei Zürcher fehlte. Ebenso brauchte nach den Vorschlägen von Stooss der Täter im Zeitpunkt der Tatbegehung noch keineswegs zahlungsunfähig zu sein.

- 1 Art. 83: "Der Schuldner, der seinen Gläubigern Vermögen, das ihnen in einem Betreibungs- oder Konkursverfahren zukommen sollte, vorsätzlich entzieht und sie dadurch schädigt, wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft."
- 2 Zur Begründung für die einheitliche Behandlung führte Stooss unter anderem aus, die Betreibung auf Pfandverwertung (recte wohl Pfändung) und Konkurs unterschieden sich lediglich in der Form, nicht aber in ihrem Wesen; Stooss, VE 1894, S. 173.
- 3 Als weitere Delikte sah der Vorentwurf von 1894 vor: Art. 84 "Fahrlässiger Vermögensverfall", Art. 85 "Begünstigung von Gläubigern", Art. 86 "Vereitelung der Zwangsvollstreckung". Für den genauen Wortlaut vgl. Stooss, VE 1894, S. 56.
- 4 Zur Begründung dafür vgl. Stooss, VE 1894, S. 240.

IV. ERSTE EXPERTENKOMMISSION UND VORENTWURF 1896

Im Zuge der Beratungen der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission wurden die Bestimmungen über die Betreibungs- und Konkursdelikte des Stooss'schen Vorentwurfs in verschiedener Hinsicht kritisiert. Correvon bemängelte das Fehlen einer Aufzählung verschiedener strafbarer Handlungen und gab der Befürchtung Ausdruck, die Bestimmung von Art. 83 werde - da zu allgemein gehalten - vom Richter nicht verstanden.¹ Zürcher dagegen begrüßte die von Stooss vorgeschlagenen Neuerungen vollumfänglich. Er schlug zusätzlich die Neuschaffung eines Artikels vor, der klarstellen sollte, dass im Falle strafbarer Handlungen im Konkurs juristischer Personen, die schuldigen Einzelpersonen der Verwaltungs- und Aufsichtsorgane bestraft würden.² Die Kommission stimmte schliesslich gegen die Bedenken von Stooss auch einem Vorschlag von Cornaz grundsätzlich zu, der die vorsätzliche Hilfeleistung Dritter an betrügerischen Handlungen des Schuldners unter Strafe stellen wollte und zwar mit einer, gegenüber der von Stooss in der Vorschrift über die Gehilfenschaft vorgesehenen erheblich verschärften Strafdrohung.³ Das

1 Verhandlungen der Expertenkommission, Bd. 1, S. 423 f.

2 Verhandlungen der Expertenkommission, Bd. 1, S. 424 f.

3 Verhandlungen der Expertenkommission, Bd. 1, S. 425 f.; nach Art. 13 des Vorentwurfs von Stooss unterstand der Gehilfe der gleichen Strafdrohung wie der Haupttäter, während Cornaz zusätzlich dazu eine Busse bis Fr. 5'000.-- einführen wollte.

Strafminimum für den Haupttäter wurde ferner von der Kommission auf einen Monat Gefängnis gesenkt.¹

Die Bestimmungen über das Betreibungs- und Konkursstrafrecht kamen auch in der 2. Lesung, in welcher der von Stooss aufgrund der Kommissionsberatungen überarbeitete Entwurf² diskutiert wurde, nochmals ausführlich zur Sprache. Erneut und mit grösserem Nachdruck wurde dabei für eine kasuistische Behandlung der strafbaren Tätigkeit plädiert.³ Dazu schlug Gretener vor, den Eintritt des Konkurses oder die Zahlungseinstellung als objektive

- 1 Die vorläufige Fassung der Expertenkommission von Art. 83 lautete wie folgt:

"Der Schuldner, der seinen Gläubigern Vermögen, das ihnen in einem Betreibungs- oder Konkursverfahren zukommen sollte, vorsätzlich entzieht und sie dadurch schädigt, wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder Gefängnis nicht unter 1 Monat bestraft. In gleicher Weise und überdies mit Geldstrafe bis 5'000 Franken wird derjenige bestraft, der dem Schuldner vorsätzlich dazu hilft, sein Vermögen ganz oder teilweise den Gläubigern zu entziehen, oder der im Einverständnis mit dem Schuldner fingierte Forderungen an denselben im Betreibungs- und Konkursverfahren gelten macht.";

Verhandlungen der Expertenkommission, Bd. I, S. 426.

- 2 Der Absatz über die Mitwirkung Dritter gemäss vorläufiger Kommissionsfassung fehlte in dieser Uebersarbeitung. Der ehemalige Art. 83 figuriert darin als Art. 87.
- 3 Voten von Gretener, Cornaz, Correvon und Gabuzzi. Sowohl hinter diesen Diskussionsbeiträgen wie auch hinter dem Antrag Scherb/Bezzola (hinten S. 15 Anm. 2) steht offensichtlich die Auffassung, bereits die Rechte der Gläubiger gefährdende Handlungen seien als strafwürdig zu betrachten. Zürcher und Stooss hielten es dagegen für richtig, den Nachweis einer Schädigung der Gläubigerrechte zu verlangen; Verhandlungen der Expertenkommission, Bd. 2, S. 553 ff. .

Strafbarkeitsbedingungen einzuführen, um eine zu starke Einschränkung der mit Strafe bedrohten Handlungen zu vermeiden. Diesem Ansinnen opponierte Zürcher mit Erfolg.¹ Ein weiterer Vorschlag ging dahin, das objektive Tatbestandsmerkmal eines Schadens auf Seiten des Gläubigers fallen zu lassen und stattdessen lediglich eine Schädigungsabsicht des Täters zu verlangen.² Dieser fand ebenso die Zustimmung der Experten wie ein Kompromissvorschlag von Stooss betreffend die Behandlung Dritter, die den Schuldner bei seinen betrügerischen Handlungen unterstützen.³

Resultat der Beratungen der Expertenkommission bildete die folgende Bestimmung unter dem Randtitel "Betrügerischer Konkurs und betrügerische Handlungen im Betreibungsverfahren"⁴:

"Der Schuldner, der in der Absicht, seine Gläubiger in einem Konkurs- oder Betreibungsverfahren oder durch einen Nachlassvertrag zu verkürzen, seine Vermögenslage verschlechtert, so namentlich dadurch, dass er zum Schein Verpflichtungen übernimmt, oder der falsche Vorspiegelungen über seine Vermögenslage macht, insbesondere mittels falscher Buchführung oder falscher Bilanz,

1 Verhandlungen der Expertenkommission, Bd. 2, S. 553 und S. 556

2 Voten von Bezzola und Scherb, Verhandlungen der Expertenkommission, Bd. 2, S. 555

3 Verhandlungen der Expertenkommission, Bd. 2, S. 556

4 Vorentwurf 1896, Art. 87. Dieser war von Stooss aufgrund der Kommissionsbeschlüsse redigiert worden, wobei er jene teilweise recht frei interpretierte. So erhöhte er beispielsweise das Strafminimum wieder auf 6 Monate Gefängnis, obwohl dieses seinerzeit von der Kommission auf 1 Monat gesenkt worden war; vgl. vorne (S. 14 Anm. 1).

der Dritte, der im Einverständnis mit dem Schuldner dazu mithilft,

wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft. Mit der Gefängnisstrafe kann Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit verbunden werden."

V. KLEINE EXPERTENKOMMISSION UND VORENTWURFE 1903 UND 1908

Im Juni 1901 bestellte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eine kleine Expertenkommission, die beauftragt wurde, den Vorentwurf von 1896 auf seine Uebereinstimmung mit den von der ersten Expertenkommission gefassten Beschlüssen zu überprüfen und die zahlreichen zu jenem Entwurf publizierten Materialien zu sichten und zu verwerten.¹

Mit Bezug auf die Betreibungs- und Konkursdelikte² waren in der öffentlichen Diskussion vorallem die allzu grosse Unbestimmtheit der Tatbestände von Art. 84 bis Art. 92 Vorentwurf, die zu grosse Strenge der angedrohten Strafen³ und die Einordnung dieser Bestimmungen in die Gruppe der Vermögensdelikte kritisiert worden.⁴

1 Aufzählung im VE 1903 S. VI/VII sowie Bibliographie von Teichmann in ZStR 11 (1898) S. 189 - 252.

2 Art. 84 bis 92 des VE 1896

3 Rolin, Revue de droit international et de législation comparé, XXIX, S. 144 zit. bei Teichmann, a.a.o. S. 50.

4 Lucchini, Rivista penale, vol. XLV, S. 13/15 und S. 261, zit. bei Teichmann, a.a.o. S. 50.

Die vorgebrachten Bedenken fanden jedoch in der Expertenkommission überwiegend kein Gehör. Der Vorentwurf von 1903 übernimmt in seinem Art. 95 Absatz 1 des bisherigen Vorentwurfs von 1896 im wesentlichen unverändert.¹

Absatz 2 wurde zudem ergänzt und wie folgt neu gefasst:

"Der Dritte, der im Einverständnis mit dem Schuldner dazu mithilft oder im Interesse des Schuldners eine solche Handlung vornimmt."²

Das Strafminimum wurde entsprechend dem Beschluss der ersten Expertenkommission wiederum auf einen Monat Gefängnis reduziert. Neu fand folgender Passus Aufnahme:

"Ist der beabsichtigte oder verursachte Schaden sehr bedeutend, so ist die Strafe Zuchthaus."³

Die Publikation des Entwurfs vom Juni 1903 rief erneut zahlreiche Reaktionen in der Öffentlichkeit hervor.⁴

Eine ausführliche Würdigung der Bestimmungen über das Konkurs- und Betreibungsstrafrecht findet sich insbeson-

1 VE 1903 S. 38. Ergänzt wurde lediglich, dass auch eine Verschlechterung der Vermögenslage "zum Schein" den Tatbestand erfüllen sollte.

2 VE 1903, S. 38, Art. 95 Abs. 2

3 VE 1903, S. 39, Art. 95 Abs. 3

4 Zusammenstellung des Materials bei Hafter, Bibliographie, in ZStR 21 (1908) S. 97 - 316.

dere in der vergleichenden Darstellung von Wach.¹ Es wurde hierauf vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eine nochmalige Ueberarbeitung durch ein Gremium von Fachexperten angeordnet, das sich - nebst der Verarbeitung des neuen Materials - insbesondere mit dem Problem der Strafdrohungen auseinanderzusetzen hatte. Im April 1908 präsentierte die Kommission als Art. 98 unter dem Randtitel "Betrügerischer Konkurs und betrügerische Handlungen im Betreibungsverfahren" eine gegenüber dem Vorentwurf von 1903 stark veränderte Vorschrift.² Diese hatte folgenden Wortlaut:

"Wer seinen Gläubigern Vermögen, das ihnen in einem Konkurs- oder Pfändungsverfahren zukommen sollte, entzieht, indem er
 sein Vermögen vermindert, namentlich Vermögensstücke veräussert, zerstört, beschädigt oder entwertet oder neue Schulden macht, oder
 sein Vermögen zum Schein vermindert, namentlich Vermögensstücke beiseiteschafft oder verheimlicht, Schulden vortäuscht oder, besonders durch falsche Buchführung oder Bilanz, einen geringern Vermögensstand vorspiegelt,
 wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat oder mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

2. Wer den Gläubigern eines Andern Vermögen, das ihnen in einem Konkurs- oder Betreibungsverfahren zukommen sollte, im Interesse des Schuldners entzieht, wird, wenn er nicht als Teilnehmer strafbar ist, mit Gefängnis bestraft."

1 Dieser schlägt vor, die Tatbestände des betrügerischen Konkurses und der betrügerischen Handlungen im Betreibungsverfahren nicht als Absichtsdelikte zu konstruieren. Die Handlungen des Schuldners müssten im konkreten Konkurs schädigende Auswirkungen für die Gläubigerrechte nach sich ziehen, um strafbar zu sein. Wach weist auch auf die Notwendigkeit einer Aufteilung der Bestimmung in eine solche für den Fall der Betreibung und eine solche für den Fall des Konkurses hin (S. 90, 101 f.).

2 VE 1908 S. 33/34

Damit wurde entsprechend den Vorschlägen von Wach die Konstruktion als Absichtsdelikt fallengelassen. Strafbare Handlung bildete nunmehr das vorsätzliche Entziehen von den Gläubigern zukommendem Vermögen mittels tatsächlicher oder scheinbarer Vermögensverminderung¹, während noch im Vorentwurf von 1903 das Element des Entziehens völlig gefehlt hatte.² Die Aufzählung typischer strafbarer Handlungen ist beträchtlich aus-
geweitet und nähert sich in der Formulierung wieder dem Zürcher'schen Entwurf eines kantonalen Strafgesetzes betreffend Schuldbetreibung und Konkurs.³

1 Insoweit übereinstimmend mit VE 1894 (Art. 83), jedoch ohne die Voraussetzung eines Gläubigerschadens als Erfolg. Zürcher (Erläuterungen, S. 174) führte dazu folgendes aus: "Der Erfolg dieses Verbrechens liegt darin, dass den Gläubigern Vermögensstücke, aus denen sie in einem Zwangsvollstreckungsverfahren (Betreibung oder Konkurs) befriedigt werden sollten, entzogen wird. Es muss also die übrige Pfändungs- und Konkursmasse unzureichend sein. ... Da aber eine Schädigung nur dann eintritt, wenn das übrige Vermögen nicht ausreicht, so gehört zum Vor-
satz notwendigerweise das Bewusstsein des Täters, dass er bereits zahlungsunfähig ist oder durch das Beiseiteschaffen von Vermögensstücken zahlungsunfähig wird, oder ihm demnächst Verluste bevorstehen, die ihn zahlungsunfähig machen".

2 Strafbar war die tatsächliche oder scheinbare Vermögensverminderung in der Absicht, die Gläubigerrechte in einem Betreibungs-, Konkurs- oder Nachlassverfahren zu verkürzen.

3 Zürcher, S. 340 ff.; vgl. vorne S. 10.

VI. ZWEITE (GROSSE) EXPERTENKOMMISSION SOWIE VORENTWURF
1916 UND ENTWURF 1918

Nachdem der Entwurf von 1908 in der Oeffentlichkeit erneut auf ein lebhaftes Echo gestossen¹, infolge der Arbeiten an der Vereinheitlichung des Zivilrechts die Strafrechtsreform jedoch vorübergehend etwas in den Hintergrund gedrängt worden war, nahm eine Expertenkommission im April 1912 die Vorarbeiten zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch wieder auf. Auf Antrag von Calame und Müller beschloss sie die Streichung des Passus "durch Eingehung neuer Schulden" in Absatz 2 von Art. 98.² Zur Diskussion standen schliesslich in erster Lesung auch Anträge von Lang, welche die Unterstützung von Bolli fanden. Diese gingen zunächst dahin, den betrügerischen Bankrott und den Pfändungsbetrug in zwei gesonderten Artikeln zu behandeln. Beim Pfändungsbetrug sollte eine Bestrafung nur auf Antrag hin erfolgen. Ausserdem wurden einige Modifikationen bei den Strafdrohungen zur Diskussion gestellt.³ Die Anträge und Vorschläge von Lang und Bolli fanden jedoch in der Kommission kein Gehör. Mit Bezug auf die Strafdrohungen

-
- 1 Hafter, Bibliographie und kritische Materialien zum Vorentwurf eines Schweizerischen StGB, 1908 - 1911, Bern 1912
 - 2 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 392, 397, 399. Die Votanten hatten darauf hingewiesen, dass die Eingehung neuer Schulden nicht stets verwerflich, sondern im Gegenteil aus wirtschaftlichen Gründen notwendig und für die Gläubiger von Vorteil sein könne. Nachdem Müller eine differenziertere Formulierung vorgeschlagen hatte, wurde beschlossen, die Neuformulierung der Redaktionskommission zu überlassen (a.a.o. S. 397 und S. 400).
 - 3 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 396 ff.

wurde bei Ziffer 2 auch Geldbusse zugelassen und in Ziffer 1 fiel die Mindestdauer der angedrohten Gefängnisstrafe weg.¹ Schliesslich beschlossen die Experten, dass eine Bestrafung nur dann möglich sein sollte, sofern der Schuldner zuvor in Konkurs geraten bzw. ausgepfändet worden war.²

Die Redaktionskommission arbeitete in der Folge eine neue Fassung der Konkurs- und Betreibungsdelikte aus.³ Trotz des seinerzeit negativen Kommissionsentscheides wurden nunmehr für betrügerischen Konkurs und betrügerische Handlungen im Betreibungsverfahren zwei gesonderte Artikel angeführt (Art. 98: "Betrügerischer Konkurs" und Art. 98ter: "Betrügerische Handlungen im Betreibungsverfahren"), während die übrigen Anpassungen des Textes lediglich sprachlicher Natur waren und im übrigen den Kommissionsbeschlüssen entsprachen. Diese Neufassung bildete Grundlage der zweiten Lesung, in welcher Bolli vorschlug, das ganze Kapitel über die Betreibungs- und Konkursdelikte nochmals neu durchzuarbeiten unter Hinweis auf gewichtige Auslegungsschwierigkeiten des vorgelegten Textes. Ferner stellte er den Antrag, das Wort "arglistig"

1 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 401

2 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 402.
Dieser Beschluss war ebenfalls auf einen Antrag von Lang zurückzuführen. Er hatte die Ansicht geäussert, wenn kein Konkurs eröffnet werde, bestehe auch kein Interesse an einer Bestrafung. Dem widersprach Zürcher. Verschiedene Votanten nahmen in diesem Zusammenhang auch Stellung zur Frage, ob die strafbaren Handlungen bereits vor der Konkurseröffnung bzw. Pfändung begangen werden können (a.a.o., S. 401 f.).

3 Für den Wortlaut vgl. Protokoll Expertenkommission II, Bd. 3, S. 24 und S. 26.

einzufügen, worauf Zürcher stattdessen die erneute Verwendung des Begriffs "in der Absicht, seine Gläubiger zu schädigen" zur Diskussion stellte.¹

Aufgrund dieser Voten überarbeitete die Redaktionskommission die Konkurs- und Betreibungsvergehen ein weiteres Mal und stellte im September 1913 einen im Kern neugestalteten Vorschlag zur Diskussion.² Dieser konstruierte sowohl den betrügerischen Konkurs als auch den Pfändungsbetrug wiederum als Absichtsdelikte.³ Seine Beratung brachte verschiedene Anpassungen sprachlicher Natur.⁴ Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug wurden schliesslich als Art. 144 und Art. 145 im Rahmen der Vermögensdelikte und unter dem Randtitel "Konkurs- und Betreibungsvergehen" in den Vorentwurf vom Oktober 1916 aufgenommen. Nach einer nochmaligen Durchsicht dieses Expertenentwurfs durch Carl Stooss leitete der Bundesrat schliesslich im Sommer 1918 der Bundesversammlung den Entwurf zu einem Schweizerischen Strafbuch zu.⁵ Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug figurierten darin als Art. 140 und Art. 141 und hatten folgenden Wortlaut:

1 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 3, S. 67 f.

2 Der Wortlaut dieses Vorschlags findet sich in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 28 ff. .

3 Dies unter anderem auf Empfehlung des als Gutachter beigezogenen Bundesrichters Jäger; vgl. Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 109. Die beschlossene Einführung des Wortes "arglistig" fehlte in diesem Entwurf (vgl. oben Anm. 1). Damit wurde der mit dem VE 1908 eingeschlagene Weg überraschend verlassen (vgl. vorne S. 18 Anm. 2) und wieder auf die Linie des VE 1896 eingeschwenkt (vgl. vorne S. 15 Anm. 4).

4 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 109 ff.

5 E 1918 enthalten in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines schweizerischen Strafbuchbuches, BB1 1918 IV S. 1 ff.

140.

- "1. Der Schuldner, der in der Absicht, seine Gläubiger zu schädigen,
sein Vermögen vermindert, namentlich Vermögensstücke veräußert, zerstört, beschädigt oder entwertet,
sein Vermögen zum Scheine vermindert, namentlich Vermögensstücke beiseiteschafft oder verheimlicht, Schulden vortäuscht, vorgetäuschte Forderungen anerkennt oder deren Geltendmachung veranlasst, oder, besonders durch falsche Buchführung oder Bilanz, einen geringern Vermögensbestand vorspiegelt,
wird, wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.
2. Der Dritte, der eine solche Handlung zum Vorteil des Schuldners vornimmt, wird, wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet worden ist, mit Gefängnis bestraft.

141.

1. Der der Betreibung auf Pfändung unterliegende Schuldner, der in der Absicht, Gläubiger zu schädigen,
sein Vermögen vermindert, namentlich Vermögensstücke veräußert, zerstört, beschädigt oder entwertet,
sein Vermögen zum Schein vermindert, namentlich Vermögensstücke beiseiteschafft oder verheimlicht, Schulden vortäuscht, vorgetäuschte Forderungen anerkennt oder deren Geltendmachung veranlasst,
wird, wenn gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.
2. Der Dritte, der eine solche Handlung zum Vorteil des Schuldners vornimmt, wird, wenn gegen den Schuldner ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Gefängnis bestraft.

VII. DIE BERATUNGEN IM PARLAMENT

In den Jahren 1928 bis 1932 fand die parlamentarische Beratung des Entwurfs von 1918 über ein Schweizerisches Strafgesetzbuch statt, zunächst durch den Nationalrat während sieben Sessionen, sodann durch den Ständerat verteilt auf fünf Sessionen. Der Nationalrat stimmte der Vorlage mit Bezug auf die Artikel 140 und 141 zu.¹ Die ständerätliche Kommission stellte hingegen dem Plenum den Antrag, je in Ziff. 2 von Art. 140 und Art. 141 den Passus "zum Vorteil des Schuldners" zu streichen und durch den Ausdruck "zum Nachteil der Gläubiger" zu ersetzen², was vom Rat diskussionslos genehmigt wurde.³

Im Differenzbereinigungsverfahren legte hierauf die Kommission des Nationalrats eine neue Formulierung von Ziff. 2 von Art. 140 und Art. 141 vor:⁴

"Der Dritte, der eine solche Handlung in der Absicht vornimmt, die Gläubiger zu schädigen, wird, wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet worden ist, mit Gefängnis bestraft."⁵

"Der Dritte, der eine solche Handlung in der Absicht vornimmt, die Gläubiger zu schädigen, wird, wenn gegen den Schuldner ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Gefängnis bestraft."⁶

-
- 1 Sten Bull Sonderausgabe NR, S. 362
 - 2 Sten Bull Sonderausgabe StR, S. 175
 - 3 Sten Bull Sonderausgabe StR, S. 176
 - 4 Sten Bull Sonderausgabe NR, S. 693
 - 5 Art. 140
 - 6 Art. 141

Begründet wurde diese Aenderung damit, auch bei Ziffer 2 liege das wesentliche Merkmal des strafbaren Verhaltens des Dritten in der Benachteiligung der Gläubiger und weniger in der damit allenfalls verbundenen Bevorteilung des Schuldners. Es sei jedoch genügend, wenn nachgewiesen sei, dass der Dritte in dieser Absicht gehandelt habe.¹ Diese neuen Vorschläge fanden die Zustimmung des Plenums.² Der Ständerat beharrte dagegen auf Antrag der Kommission auf seiner Fassung von Ziffer 2, obwohl der Berichterstatter Wettstein persönlich Uebernahme der nationalrätlichen Variante empfohlen hatte.³

In der Folge beantragte die nationalrätliche Kommission dem Plenum Uebernahme der ständerätlichen Version von Ziffer 2 und zusätzlich eine Angleichung des Textes von Ziffer 1 sowohl in Art. 140 als auch in Art. 141, womit das von der grossen Expertenkommission in zweiter Lesung in den Entwurf aufgenommene Element der Schä-

1 Sten Bull Sonderausgabe NR, S. 694

2 Sten Bull Sonderausgabe NR, S. 695

3 Sten Bull Sonderausgabe StR, S. 323 f. . Bundesrat Baumann hatte ebenfalls Gutheissung der ständerätlichen Variante befürwortet mit dem Argument, der Dritte nehme in der Regel solche Handlungen nicht zur Benachteiligung des Gläubigers vor, sondern um sich oder einem Dritten einen Vorteil zu verschaffen.

digungsabsicht wieder fallengelassen wurde.¹ Der Nationalrat stimmte dieser Variante diskussionslos zu.² Dieser Angleichung von Ziffer 1 und Ziffer 2 in den beiden erwähnten Tatbeständen gab schliesslich auch der Ständerat seinen Segen und zwar ohne irgendwelche Meinungsäusserung aus seiner Mitte.³

Damit erhielten sowohl betrügerischer Konkurs als auch Pfändungsbetrug ihre noch heute gültige Fassung. Die Schlussabstimmung im Parlament passierte am 21. Dezember 1937. In der Volksabstimmung vom 3. Juli 1938 wurde das neue Strafgesetzbuch knapp angenommen⁴ und vom Bundesrat auf 1. Januar 1942 in Kraft gesetzt.

1 Sten Bull Sonderausgabe NR, S. 747 ff.; vgl. auch vorne S. 22 Anm. 3. In den gedruckten Erläuterungen zu ihrem Vorschlag gab die Kommission des Nationalrats ihrer Meinung Ausdruck, es sei gleichgültig, ob die Absicht des Schuldners oder des Dritten dahingehe, die Gläubiger zu schädigen oder aber sich selbst zu bereichern. Welches Motiv leitend sei, sei ohne Bedeutung. Strafbar sei nach dem neuen Vorschlag die mit Wissen und Willen (vorsätzlich) vorgenommene schädigende Handlung.

2 Sten Bull Sonderausgabe NR, S. 749

3 Sten Bull Sonderausgabe StR, S. 348

4 358'438 Ja gegen 312'030 Nein

Die im Jahre 1950 vorgenommene Gesetzesrevision¹ erstreckte sich nicht auf diese beiden Bestimmungen (Art. 163 und Art. 164 StGB). Zwar wurde innerhalb der vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement beauftragten Expertenkommission über eine allfällige Modifizierung von Art. 163 StGB beraten. Ziel dieser Bestrebungen war es, die Konkursöffnung als Strafbarkeitsvoraussetzung fallen zu lassen und stattdessen den Eintritt der Ueberschuldung als für die Strafbarkeit massgebliches Moment einzufügen. Die Kommission war aber schliesslich der Auffassung, der betrügerische Konkurs sei nicht in die Revision einzubeziehen.

-
- 1 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Teilrevision des Schweizerischen StGB, BB1 1949 I S. 1249 ff. und AS 1951 I S. 10 ff. .
 - 2 Votum von Lerch im Protokoll der Expertenkommission für die Revision des StGB, Gesamtkommission, S. 18 und Gruppe C, I, S. 21 f. . Der Antrag Lerch bezweckte, die Strafbarkeit gewisser Handlungen sicherzustellen auch für den Fall des Zustandekommens eines Nachlassvertrags.

D. BEGRIFF UND ARTEN DER BETREIBUNGS- UND KONKURSDELIKTE IM StGB

I. DER BEGRIFF DER BETREIBUNGS- UND KONKURSDELIKTE

Als Betreibungs- und Konkursdelikte im weiteren Sinne werden nach überwiegender Auffassung in der Literatur alle mit dem Betreibungs- und Konkursverfahren gemäss SchKG irgendwie im Zusammenhang stehenden strafbaren Handlungen bezeichnet. Diese Voraussetzung ist gegeben für alle im 4. Abschnitt des 2. Titels des StGB (Besondere Bestimmungen) enthaltenen Tatbestände, mithin auch für betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug, ferner für die Bestimmungen über den Ungehorsam im Betreibungs- und Konkursverfahren (Art. 323 und Art. 324 StGB).¹ Zu den Betreibungs- und Konkursdelikten im engeren Sinne werden dagegen nur diejenigen Tatbestände gerechnet, die dem Schutz der Rechte der Gläubiger dienen.²

1 Schwander, SJK 1128, S. 1; sinngemäss zustimmend: Stratenwerth, BT I, S. 282; Hafter, BT I, S. 330 f.; Hafter I, S. 389; a.M. offenbar Gilliéron, S. 303, welcher nur die Art. 163 bis 170 StGB dieser Gruppe zurechnet.

2 Zu den Betreibungs- und Konkursdelikten im engeren Sinne vgl. hinten S. 32 f. Es handelt sich dabei nicht um eine Einteilung nach formalen Kriterien, sondern nach dem Schutzzweck der Bestimmungen.

II. SYSTEMATISCHE STELLUNG DER BETREIBUNGS- UND KONKURSDELIKTE IM StGB

Die Betreibungs- und Konkursdelikte im weiteren Sinne sind vom Gesetzgeber teils in den 2. Titel des 2. Buches (Besondere Bestimmungen) des StGB, teils in dessen 19. Titel (Uebertretungen bundesrechtlicher Bestimmungen) eingegliedert worden. Es handelt sich deshalb auf den ersten Blick aufgrund ihrer systematischen Einteilung einerseits um Vermögensdelikte¹, andererseits um Delikte gegen die Rechtspflege bzw. das Zwangsvollstreckungsverfahren.² Diese Eingliederung im Gesetz bildet jedoch nur einen unzureichenden Indikator dafür, welche Rechtsgüter durch die einzelnen Tatbestände tatsächlich geschützt sind. In jedem Einzelfall ist eine Auslegung nötig, und die Uebergänge sind fliessend. Einhelligkeit herrscht darüber, dass auch bestimmte Tatbestände des 2. Titels 4. Abschnitt überwiegend oder mindestens teilweise dem Schutz des ordnungsgemässen Betreibungs- und Konkursverfahrens dienen und nur mittelbar demjenigen der Vermögensinteressen der Gläubiger.³

1 Art. 163 - 170 StGB

2 Art. 323 und 324 StGB

3 Näheres siehe hinten S. 32 f. .

Richtig erscheint die Auffassung von Hafter¹, wonach es systematisch konsequenter gewesen wäre, die Betreibungs- und Konkursdelikte als gegen bestimmte subjektive Rechte gerichtete strafbare Handlungen im StGB im Titel über die Vermögensdelikte an die zweite Stelle einzuordnen, noch vor den Straftaten gegen das Vermögen überhaupt.

III. DIE GLIEDERUNG DER BETREIBUNGS- UND KONKURSDELIKTE

1. Die Gliederung anhand der Zwangsvollstreckungsarten

In Anlehnung an Hafter² hat sich eine an den verschiedenen Arten der Zwangsvollstreckung gemäss SchKG orientierte interne Gliederung der Betreibungs- und Konkursdelikte im weiteren Sinne eingebürgert. Da einzelne dieser Delikte nach ihrem Wortlaut im Gesetz nur im Zusammenhang mit einem ganz bestimmten Zwangsvollstreckungsverfahren verübt werden können³, ist es

1 Hafter, BT I, S. 328. Dessen Argumentation trifft indessen nur für die Betreibungs- und Konkursdelikte im engeren Sinne vollumfänglich zu. Die übrigen Tatbestände des 2. Titels könnten mit gutem Grund auch bei den Verbrechen und Vergehen gegen die Rechtspflege (17. Titel) eingereiht werden.

2 Hafter, BT I, S. 330 f. und Hafter I, S. 389 ff.

3 Welches dieses Verfahren im konkreten Fall ist, ergibt sich entweder aus den jeweiligen Strafbarkeitsbedingungen (Konkurseröffnung, Ausstellung eines Pfändungsverlustschein), so z.B. bei Art. 163, 164 und 166 StGB, oder aber aus dem Text der Bestimmung, so bei Art. 168, 169 und 170 StGB.

möglich, die auf die gleiche Zwangsvollstreckungsart bezugnehmenden Bestimmungen zu Gruppen zusammenzufassen. Dies führt zu folgender Einteilung¹:

- Konkursdelikte²
- Pfändungsdelikte³
- Nachlassvertragsdelikte⁴
- Ungehorsamstatbestände mit Uebertretungscharakter⁵

Dieser Einteilung kommt jedoch in der Praxis keine Bedeutung zu, und sie ist im Gesetz auch nicht konsequent durchgeführt. Einzelne Tatbestände schliessen nämlich gleichzeitig an verschiedene Vollstreckungsverfahren an und können deshalb nicht eindeutig einer bestimmten Gruppe zugeordnet werden.⁶

1 Hafter, BT I, S. 330 und Hafter I, S. 390 ff.; ferner Stratenwerth, BT I, S. 282; Schwander SJK 1128 S. 1; Logoz, N. 3 Vorbemerkungen zu Art. 163 ff. StGB

2 Art. 163, 165 Ziff. 1 StGB

3 Art. 164, 165 Ziff. 2 StGB

4 Art. 170 StGB

5 Konsequenterweise müssten bei einer Gliederung der Delikte unter dem Gesichtspunkt der Art der Zwangsvollstreckung auch die Ungehorsamstatbestände einzelnen Gruppen zugeordnet werden. Art. 323 Ziff. 2 StGB bezieht sich z.B. nur auf das Pfändungs- bzw. Arrestverfahren, Ziffern 4 und 5 von Art. 323 StGB nur auf das Konkursverfahren.

6 Z.B. Art. 165, 166, 167 und 168 StGB

2. Die Gliederung anhand des geschützten Rechtsguts

Die an das Betreibungs- und Konkursverfahren anschliessenden Straftatbestände sind vom Gesetzgeber einerseits bei den Vermögensdelikten, andererseits bei den Ungehorsamsdelikten eingereiht worden.¹ Wie bereits vorne² angetönt, kann aus dieser Einteilung aber nicht abgeleitet werden, die Tatbestände der ersten Gruppe dienten ausschliesslich dem Schutz von Vermögensinteressen, diejenigen der zweiten Gruppe dem Schutz der Rechtspflege. Die Uebergänge sind vielmehr fließend und die Grenzen durch Auslegung zu bestimmen. Als Betreibungs- und Konkursdelikte im engeren Sinne³ werden jene Bestimmungen bezeichnet, die sich gegen Vermögensrechte der Gläubiger richten.⁴ Dazu gehören eindeutig die Art. 163, 164, 165 und 167 StGB.⁵ Welche weiteren Bestimmungen zur erwähnten Gruppe der

1 Art. 163 bis Art. 170 StGB und Art. 323/324 StGB

2 Vgl. vorne S. 29

3 Vgl. vorne S. 28

4 Schwander, SJK 1128, S. 1

5 Schwander, SJK 1128, S. 1; Stratenwerth, BT 1, S. 283, S. 287 sowie S. 293; Caspar, S. 12. Zu den beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug geschützten Rechtsgütern vgl. hinten S. 39 ff. .

Betreibungs- und Konkursdelikte im engeren Sinn zu zählen sind, ist jedoch umstritten.¹ Dies zeigt, dass auch diese Einteilung unklar und deshalb problematisch ist.² Wenn im folgenden von Betreibungs- und Konkursdelikten die Rede ist, so sind damit stets diejenigen im weiteren Sinn gemeint.

-
- 1 Schwander bezeichnet das geschützte Rechtsgut bei Art. 166 StGB als umstritten (SJK 1128, S. 1), während Stratenwerth dieses Delikt eher bei denjenigen gegen Vermögensrechte einzuordnen scheint (BT I, S. 291).

Art. 168 StGB wird dagegen als Rechtspflegedelikt betrachtet: Schwander, SJK 1128, S. 1; Caspar, S. 12 und Stratenwerth, BT I, S. 301. Letzterer spricht von einer nur mittelbaren Verletzung von Vermögensinteressen. Auch das Bundesgericht betrachtet Art. 168 StGB als Rechtspflegedelikt: BGE 71 IV 36, 84 IV 161. Das gilt auch für Art. 170 StGB; Schwander, SJK 1128, S. 1; Stratenwerth, BT I, S. 304.

Schwander, SJK 1128, S. 1 bezeichnet Art. 169 StGB als Vermögensdelikt, während sowohl die übrigen Autoren als auch das Bundesgericht sowohl Vermögensinteressen als auch die Rechtspflege als Schutzobjekt sehen: Stratenwerth, BT I, S. 297; Thormann/von Overbeck, N. 1 zu Art. 169 StGB; Germann, Verbrechen, S. 301; BGE 99 IV 147.

- 2 Hafter sieht in allen Betreibungs- und Konkursdelikten Vergehen gegen die Rechtspflege, allerdings ebenfalls mehr oder weniger ausgeprägt (Hafter I, S. 386).

E. ABGRENZUNG ZWISCHEN ART. 163 UND ART. 164 StGB: EINE UEBERSICHT

I. VORBEMERKUNGEN

Die beiden Tatbestände von Art. 163 und Art. 164 StGB weichen in ihrem Wortlaut nur geringfügig voneinander ab.¹ Im vorliegenden Zusammenhang geht es vorerst darum, diese Unterschiede sichtbar zu machen. Eine detaillierte Analyse der sich daraus ergebenden Probleme wird im Rahmen der Behandlung der einzelnen Tatbestandsmerkmale vorzunehmen sein.

II. DIE EINZELNEN UNTERSCHIEDE

Vorweg ist festzustellen, dass sich betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug von ihrem Gehalt her nicht unterscheiden: Beide Delikte stellen Verfügungen des Schuldners über sein Vermögen zum Nachteil der Gläubiger unter Strafe. Die nicht völlig übereinstimmende Terminologie lässt sich zur Hauptsache darauf zurückführen, dass Art. 163 StGB auf betrügerische Handlungen im Konkursverfahren, Art. 164 StGB auf solche in der Pfändungsbetreibung Bezug nimmt. Diese Feststellung gilt vorab für die Formulierung der Strafbarkeitsbedingungen, nämlich

1 Hafter (BT I, S. 334) spricht davon, das Gesetz gestalte Art. 163 und Art. 164 StGB in der Hauptsache übereinstimmend; so auch Müller, S. 2 und Hafter II, S. 1. Petrzilka (S. 212) verwendet den Begriff Analogie.

Konkurseröffnung einerseits, Ausstellung eines Verlustscheins andererseits¹, aber auch für die Bezeichnung des Täters, nämlich "Der Schuldner" beim betrügerischen Konkurs bzw. "Der der Betreibung auf Pfändung unterliegende Schuldner" beim Pfändungsbetrug.

Eine weitere terminologische Differenz zwischen Art. 163 und Art. 164 StGB besteht darin, dass in der ersteren Bestimmung eine Handlung des Schuldners zum Nachteil der Gläubiger, in letzterer zum Nachteil seiner Gläubiger vorausgesetzt wird. Diesem Unterschied wird jedoch weder in der Lehre noch in der Praxis irgendwelche Bedeutung zugemessen.² Historisch gesehen beruht er auf dem Bemühen, textlich zum Ausdruck zu bringen, dass im Falle des Konkurses notwendigerweise alle Gläubiger, im Falle der Pfändung dagegen u.U. nur einer oder einzelne von ihnen in das Zwangsvollstreckungsverfahren einbezogen werden.³

Ein letzter Unterschied zwischen Art. 163 und Art. 164 StGB liegt darin, dass beim betrügerischen Konkurs die Vorspiegelung eines geringeren Vermögensbestandes, insbesondere durch falsche Buchführung und Bilanz, vom Gesetz ausdrücklich als Beispiel einer scheinbaren Vermögensverminderung erwähnt wird, während dies bei

1 Zu den Strafbarkeitsbedingungen und den sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendbarkeit von Art. 163 und Art. 164 StGB; vgl. hinten S.55 ff. und 91 ff. .

2 Es erübrigt sich deshalb, im Zuge der vorliegenden Arbeit näher darauf einzutreten. Zur Frage, ob im konkreten Fall einer, einzelne oder alle Gläubiger benachteiligt sein müssen, vgl. hinten S.167 Anm. und 192 f. .

3 Votum von Zürcher, Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 113 sowie E 1918 Art. 140 und 141; Sten Bull Sonderausgabe StR, S. 175, und Sonderausgabe NR, S. 746.

Art. 164 StGB nicht der Fall ist. Wie noch näher zu zeigen sein wird, kommt indessen auch dieser Abweichung keinerlei praktische Bedeutung zu.¹

III. KRITISCHE ANMERKUNGEN

In der heutigen Fassung von Art. 163 und Art. 164 StGB erscheint die Behandlung von betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug in zwei gesetzlichen Bestimmungen als überflüssig. Sie liessen sich - wie bei anderen Delikten des 4. Abschnitts auch - ohne weiteres zu einem einheitlichen Tatbestand zusammenfassen und zwar ohne Veränderung ihres jetzigen Gehalts. Die grundsätzliche Unterscheidung des SchKG zwischen Pfändungsbetreibung einerseits und Konkursbetreibung andererseits erfordert keine gesonderte Regelung für betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug. Bereits Löffler² hatte dies richtig erkannt, fand jedoch mit seinen Ueberlegungen offenbar kein Gehör.

Die Einführung zweier Tatbestände liesse sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn, ausgehend von der Auffassung, der Unrechtsgehalt des betrügerischen Konkurses sei höher

1 Hafter, BT I, S. 341; Logoz, N. 3 zu Art. 164 StGB; Petrzilka, S. 213; Caspar, S. 28 (u.a.); vgl. hinten S. 163 ff. .

2 Löffler, S. 76. Mit der Möglichkeit der Gruppenbildung im Pfändungsverfahren (Art. 110/111 SchKG) hatte die Spezialexekution eine weitgehende Angleichung an das Konkursverfahren erfahren; vgl. dazu auch Zürcher, Erläuterungen, S. 171; Corrodi, S. 61; Lenherr, S. 3.

zu veranschlagen als jener des Pfändungsbetrugs, eine unterschiedliche Ausgestaltung der Strafdrohungen in beiden Tatbeständen ins Auge gefasst würde. In der Tat bildeten denn auch solche Ueberlegungen den Ausgangspunkt für die schliesslich eingeführte Trennung des Pfändungsbetrugs vom betrügerischen Konkurs.¹ Lang begründete in der zweiten Expertenkommission seinen Antrag auf Schaffung zweier Bestimmungen damit, der Pfändungsbetrug sei in vielen Fällen von ganz geringer Bedeutung, und auch im Rechtsbewusstsein würden diese Vergehen nicht als schwerwiegend empfunden. Gestützt auf diese Ueberlegung wollte er die Bestrafung wegen Pfändungsbetrugs vom Vorliegen eines Strafantrages abhängig machen und das Delikt lediglich mit Gefängnis oder Busse ahnden.² Trotz eines ablehnenden Beschlusses nahm die Redaktionskommission eine Aufteilung der Bestimmungen vor, senkte beim Pfändungsbetrug³ die Strafdrohung auf Gefängnis, sah jedoch vom Antragserfordernis ab.⁴ Der Entwurf 1918

-
- 1 Bis und mit VE 1908 hatten sämtliche Entwürfe in Anlehnung an Stoos (VE 1894) das Delikt einheitlich behandelt.
 - 2 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 396; vgl. auch Votum Bolli (a.a.o., S. 397).
 - 3 Damals noch "Betrügerische Handlungen im Betreibungsverfahren" genannt; vgl. Protokoll Expertenkommission II, Bd. 3, S. 26 (Art. 98ter).
 - 4 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 401 und Bd. 3, S. 26. Diese Regelung wurde auch im Entwurf der Redaktionskommission vom September 1913 beibehalten; vgl. Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 30.

enthielt schliesslich auch beim Pfändungsbetrug wiederum dieselbe Strafdrohung wie beim betrügerischen Konkurs.¹ Die These vom unterschiedlichen Unrechtsgehalt der beiden Delikte war somit im Ergebnis fallengelassen worden, wodurch auch die innere Rechtfertigung für eine Behandlung von Pfändungsbetrug und betrügerischem Konkurs in zwei Tatbestände entfiel. Diese Inkonsequenz wurde jedoch in den parlamentarischen Beratungen nicht erkannt und ausgemerzt, sondern ins geltende Recht übernommen.

1 E 1918 Art. 140 und Art. 141. Diese Angleichung ist wohl auf Stooss zurückzuführen, der den Expertenentwurf von 1916 nochmals überarbeitet hatte.

F. GESCHÜTZTES RECHTSGUT UND HANDLUNGSOBJEKT

I. VORBEMERKUNGEN

In Literatur und Rechtsprechung finden sich, wenigstens nach den verwendeten Formulierungen, verschiedene Auffassungen über die Art der geschützten Rechtsgüter bei Art. 163 und Art. 164 StGB.¹ Es rechtfertigt sich, im Rahmen der vorliegenden Arbeit auf diese Frage näher einzutreten, denn das Strafrecht dient nicht zuletzt dem Schutz bestimmter Rechtsgüter.²

Der Festlegung des durch einen konkreten Tatbestand geschützten Rechtsguts kommt erhebliche praktische Bedeutung zu. Es bildet ein wichtiges Hilfsmittel bei der Auslegung von Straftatbeständen³ und dient dazu, die Schutzfunktion der einzelnen Vorschriften näher zu umgrenzen. Aufgrund des geschützten Rechtsguts werden zudem gesetzliche Tatbestandsgruppen gebildet und Konkurrenzfragen gelöst. Endlich ist im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut zu entscheiden, ob

1 Dazu im einzelnen hinten S. 42 ff.

2 Schultz, AT I, S. 24, 27 und 45; Schwander, S. 74 Nr. 146 lit. a; Baumann, S. 9. Ueber die teilweise abweichenden Theorien in dieser Frage: Baumann, op. cit., S. 10 ff. .

3 Jeschek, S. 206; Baumann, S. 141 und 150. Auch das Bundesgericht orientiert sich bei der Interpretation von Strafnormen am geschützten Rechtsgut, wenn es "die dem Gesetz innewohnenden Wertungen und seine Zweckgedanken" heranzieht; vgl. Schultz, AT I, S. 86 und Schultz in ZStR 78 (1962) S. 13.

ein Gefährdungs- oder Verletzungsdelikt vorliegt.¹

Auf die Kontroverse, ob anstelle des Rechtsgüterschutzes die Aufgabe des Strafrechts primär darin bestehe, den sogenannten Aktunwert von Handlungen zu ahnden und nur mittelbar Rechtsgüter schütze und ob demgemäss das Verbrechen eher als Pflichtverletzung zu begreifen sei, ist im vorliegenden Kontext nicht näher einzugehen.²

II. DIE BEGRIFFE DES GESCHÜTZTEN RECHTSGUTS UND DES HANDLUNGSOBJEKTS

Mit den Begriffen des geschützten Rechtsgut und des Handlungsobjekts hat sich eingehend vor allem die deutsche Strafrechtslehre auseinandergesetzt.³ Heute steht der materielle Rechtsgutsbegriff im Vordergrund. Danach ist das Rechtsgut ein rechtlich geschützter ideeller Wert der Sozialordnung, an dessen Erhaltung die Gemeinschaft ein Interesse hat und das entweder

1 Jeschek, S. 207; Schultz, AT I, S. 113. Auch bei der Frage der Rechtfertigungsgründe und bei der fortgesetzten strafbaren Handlung, spielt die Frage, wer Träger des geschützten Rechtsguts und damit Verletzter sei, eine wichtige Rolle.

2 Statt vieler: Baumann, S. 18 und 138; Schultz, AT I, S. 235 ff; Jeschek, S. 205/206. Das Schweizerische StGB ist anhand der geschützten Rechtsgüter gegliedert.

3 Vgl. bei Jeschek, S. 206

dem Einzelnen oder der Gesamtheit als Träger zugeordnet werden kann.¹ Der in Literatur und Rechtssprechung ebenfalls verwendete Begriff "Schutzobjekt" deckt sich mit jenem des geschützten Rechtsguts.²

Scharf zu unterscheiden davon ist das sogenannte Handlungsobjekt.³ Bei diesem handelt es sich um den konkreten Gegenstand, der Objekt der Täterhandlung ist.⁴ Das Handlungsobjekt wird durch die strafbare Handlung real beeinträchtigt, während das Rechtsgut oder Schutzobjekt als ideeller Wert dem unmittelbaren Täterzugriff entzogen ist.⁵

-
- 1 Jeschek, S. 206; Baumann (S. 137) definiert das geschützte Rechtsgut wie folgt: "Als geschütztes Rechtsgut (...) bezeichnet man die Rechtsgüter, Werte oder Interessen, sowohl der Gesamtheit als auch des Einzelnen, die durch den Tatbestand vor Verletzung abgesichert werden sollen."
 - 2 Schwander, S. 74; Baumann, S. 137; Jeschek, S. 206; Mezger/Blei, AT, S. 103
 - 3 Auch Angriffsobjekt genannt; vgl. Jeschek, S. 208. Nach Schultz (AT I, S. 114) wird von Angriffsobjekt dann gesprochen, wenn das Handlungsobjekt im Tatbestand ausdrücklich genannt ist.
 - 4 Baumann, S. 137; Schultz, AT I, S. 114; Jeschek, S. 220: "Handlungsobjekt ist der Gegenstand in der Aussenwelt, an dem oder mit Bezug auf den sich die Tathandlung verwirklicht."
 - 5 Jeschek, S. 208

III. DAS GESCHÜTZTE RECHTSGUT BEI DEN STRAFBESTIMMUNGEN FÜR BETRÜGERISCHEN KONKURS UND PFÄNDUNGSBETRUG

1. Vorbemerkungen

Wie bereits erwähnt¹, findet sich in Literatur und Praxis eine erstaunlich vielfältige Umschreibung der durch Art. 163 und Art. 164 StGB geschützten Rechtsgüter. So richten sich gemäss Hafter die Betreibungs- und Konkursdelikte im allgemeinen sowohl gegen die Rechtspflege, als auch teilweise gegen Vermögensrechte.² Dabei sei aber nicht fremdes Vermögen in seiner Gesamtheit Schutzobjekt, sondern lediglich Gläubigerrechte.³ Logoz⁴ hält präzisierend fest, in erster Linie seien die Gläubiger geschützt, genauer ihr Recht auf Zwangsvollstreckung, aber auch das normale Funktionieren des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Andere Autoren⁵ bezeichnen als Schutzobjekte von Art. 163 und Art. 164 StGB

1 Vorne S. 39

2 Hafter I, S. 385 f.

3 Hafter, BT I, S. 328 und Hafter I, S. 386

4 Logoz, N. 2 Vorbemerkungen zu Art. 163 - Art. 172 StGB

5 So Haefliger, S. 97 f. . Stratenwerth (BT I, S. 282 f.) betrachtet die Betreibungs- und Konkursdelikte als (wenn auch nicht ausschliesslich) Delikte gegen die Ansprüche der Gläubiger, das heisst einzelne subjektive Rechte mit Vermögenswert, während er Art. 163/164 StGB in Anlehnung an Hafter und BGE 74 IV 37 und 97 IV 20 als Verletzung der Pflicht des in Vermögensverfall geratenen Schuldners, sein Vermögen den Gläubigern zu erhalten, definiert. Caspar (S. 12) und Schwander (SJK 1128, S. 1) sehen die "Rechte der Gläubiger" als Schutzobjekt. Vgl. auch die Hinweise auf ältere deutsche Auffassungen bei Willi, S. 28 f. .

hauptsächlich Forderungsrechte, daneben aber auch die Zwangsvollstreckung. Das Bundesgericht hat sich bisher mit dem Problem nie eingehender befasst. Seine diesbezüglichen Erwägungen sind relativ uneinheitlich und wenig präzise.¹

Diese Hinweise zeigen, dass mit Bezug auf das Problem der von Art. 163 und Art. 164 StGB geschützten Rechtsgüter eine erhebliche Unsicherheit besteht. Es soll deshalb in der Folge versucht werden, diese näher zu definieren.

-
- 1 In BGE 74 IV 37 spricht das Bundesgericht in Anlehnung an Hafter davon, Art. 163 StGB sei ein Verstoß des in Vermögensverfall geratenen Schuldners gegen die Pflicht, seinen Gläubigern das noch vorhandene Vermögen zu erhalten (So wiederum in BGE 97 IV 20);

In BGE 93 IV 92 führt das Bundesgericht aus, Handlungen gemäss Art. 163 StGB bewirkten eine Gefährdung der Gläubigerrechte;

BGE 93 IV 19: Art. 163 StGB richtet sich gegen die Zwangsvollstreckung überhaupt, Art. 167 StGB nur gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Gläubiger;

BGE 97 IV 20: Art. 163/164 StGB will eine Schmälerung des den einzelnen Gläubigern dienenden Exekutionssubstrats verhindern. Die Delikte des 4. Abschnitts dienen allgemein dem Schutz des Zwangsvollstreckungsrechts;

BGE 102 IV 174: Art. 163 StGB schützt Vermögensinteressen, Art. 323 Ziff. 4 StGB die Rechtspflege;

BGE 105 IV 317 f.: Art. 164 StGB schützt Vermögensrechte der Gläubiger bzw. den Anspruch des Gläubigers auf korrekte Durchführung der Betreibung (in diesem Entscheid scheint das Bundesgericht im übrigen die These, wonach auch das Zwangsvollstreckungsverfahren geschützt werde, eher zu verneinen);

BGE 106 IV 35: Art. 163 StGB dient nicht dem Schutz der Forderung als solcher, sondern nur einem Schutz des Anspruchs des Gläubigers, sich für seine Forderung aus dem Vermögen des Schuldners auf dem Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen.

2. Art. 163 und Art. 164 StGB als Delikte gegen Geldforderungen

Der Gesetzgeber hat den betrügerischen Konkurs und den Pfändungsbetrug in den 2. Titel des besonderen Teils des Strafgesetzbuchs eingereiht. Damit ist zunächst klargestellt, dass bei diesen Delikten mindestens teilweise das Vermögen, und zwar fremdes Vermögen, als geschütztes Rechtsgut in Betracht gezogen werden muss.¹ Gewonnen ist dadurch indessen noch wenig, da sich hinter dem Begriff Vermögen eine ganze Reihe verschiedenartigster Rechte und Ansprüche verbirgt. Es besteht daher ein Bedürfnis nach Präzisierung, nicht zuletzt auch hervorgerufen durch das Strafgesetzbuch selbst, welches innerhalb der Vermögensdelikte anhand von jeweils geschützten spezifischen Vermögensrechten Gruppierungen vornimmt.²

Zum Vermögen im strafrechtlichen Sinne gehören unbestrittenermassen einerseits alle geldwerten Rechtsansprüche wie dingliche Rechte, Urheberrechte, Patentrechte, Mitgliedschaftsrechte aber auch Forderungen, andererseits Anwartschaften, Erwerbschancen und Besitz, jedenfalls soweit diese einen realen wirtschaftlichen Wert dar-

1 So insbesondere BGE 102 IV 174 und 105 IV 317. Insoweit besteht auch in der Lehre weitestgehende Uebereinstimmung.

2 Hinweise darauf, welche Rechtsgüter geschützt sind, bilden die Randtitel. Diese Einteilung ist jedoch nicht in allen Teilen präzis; vgl. Hafer, BT I, S. 214 und Stratenwerth, BT I, S. 159. Auffallend ist, dass - im Unterschied zu den Abschnitten 1 bis 3 - im 4. Abschnitt das geschützte Rechtsgut im Randtitel nicht genannt ist.

stellen.¹ Bereits der Wortlaut von Art. 163 und Art. 164 StGB, in welchem die Begriffe Gläubiger und Schuldner verwendet werden, deutet darauf hin, dass sich diese beiden Bestimmungen primär mit Gläubigerrechten², genauer mit den Forderungen befassen.³ Ein Indiz dafür, dass in der Tat Forderungen das Schutzobjekt von Art. 163 und Art. 164 StGB darstellen, bildet auch der Umstand, dass sowohl betrügerischer Konkurs als auch Pfändungsbetrug in engem Zusammenhang zu den Vorschriften des SchKG stehen, welches Gesetz die Zwangsvollstreckung von Geldforderungen regelt.⁴ Schliesslich schafft auch die Systematik des 2. Titels selbst eine gewisse Vermutung für die Annahme, Art. 163 und Art. 164 StGB bezweckten in erster Linie den Schutz von Gläubigerforderungen.⁵ In diesem Sinne äussert sich

1 Zu den verschiedenen Vermögensbegriffen im Strafrecht: Stratenwerth, BT I, S. 231 ff. .

2 Auch als Gläubigerinteressen oder Vermögensinteressen der Gläubiger bezeichnet, so etwa Hafter I, S. 386 und Hafter, BT I, S. 328; Fehr, S. 129 ff.; Schönke/Schröder, N. 1 zu § 283 StGB; Jäger/Klug, N. 1 zu § 239 KO; Maurach, BT I, S. 370. Der Begriff Gläubigerrechte ist wohl zu weit, da dem Gläubiger eine ganze Anzahl verschiedenartigster Rechte zustehen können; vgl. von Tuhr/Peter, S. 16 und 21.

3 Ein Gläubiger-Schuldner-Verhältnis gibt es nach feststehender Terminologie nur bei Obligationen. Wichtigster Bestandteil der Obligation ist aber die Forderung des Gläubigers (bzw. die Schuld des Schuldners); vgl. von Tuhr/Peter, S. 10 f. .

4 Art. 38 SchKG. Im Konkurs werden auch die Forderungen, die nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben, in Geldzahlungen umgewandelt (Art. 211 SchKG); vgl. Fritzsche, Bd. II, S. 60 f. und S. 65.

5 Allerdings können auch bei den Delikten des 2. Abschnitts (strafbare Handlungen gegen das Vermögen überhaupt) Forderungen betroffen sein.

denn auch, wie bereits erwähnt, ein Teil der Lehre, insbesondere fast einhellig die ältere.¹

Andere Autoren nehmen ohne eingehende Auseinandersetzung mit den erwähnten Lehrmeinungen und ohne Abklärung des Verhältnisses zur Gläubigerforderung an, geschützt sei durch betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug der Anspruch der Gläubiger auf Befriedigung bzw. ihre Befriedigungsrechte.² Unklar bleibt dabei insbesondere, ob sie darin ein von der Forderung verschiedenes Vermögensrecht des Gläubigers erblicken und dieses als spezifisches Schutzobjekt betrachten, oder ob damit lediglich zum Ausdruck gebracht werden soll, dass der Angriff auf die Forderung zeitlich gesehen erst im Zusammenhang mit einer allfälligen Zwangsvollstreckung erfolgt. Bei genauerer Betrachtung muss jedoch festgestellt werden, dass im einen wie im anderen Fall die Einführung eines so benannten Schutzobjekts als überflüssig, in der Formulierung zu unpräzis und systematisch fragwürdig erscheint. Einzig zum Zwecke der zeitlichen Festlegung des strafbaren Angriffs auf die Forderung braucht das geschützte Rechtsgut ohnehin nicht neu definiert zu werden.³ Gegen die Annahme, beim Anspruch des

1 Wach, S. 97; Willi, S. 32 (mit Hinweisen auf die gleichlautende ältere deutsche Lehre, v.a. Liszt und Segesser von Brunegg); Löffler, S. 73 und 75; Stooss, Grundzüge, S. 146 ff.; Haefliger, S. 98

2 Corrodi, S. 33; Lenherr, S. 32; Löffler, S. 75; Logoz, N. 2 Vorbemerkungen zu Art. 163 - Art. 172 StGB; Caspar, S. 13; Schönke/Schröder, N. 1 zu § 288 StGB; Maurach, BT I, S. 373; Zürcher, S. 312

3 Es genügt, hierfür beispielsweise anzugeben, mit welchem Mittel oder auf welche Weise der strafbare Angriff erfolgt.

Gläubigers auf Befriedigung handle es sich um ein spezielles Vermögensrecht¹, bestehen erhebliche Bedenken. Es ist nämlich allein die Forderung, welche dem Gläubiger die Befugnis verleiht, die geschuldete Leistung zu verlangen; diese Befugnis bildet den Kern einer jeden Forderung und macht recht eigentlich ihr Wesen aus.² Andererseits verschafft ihm die Forderung auch das Recht, sich mittels Zwangsvollstreckung durch Eingriff in das Vermögen des Schuldners das ihm Gebührende zu verschaffen, sofern dieser nicht freiwillig Erfüllung leistet.³ Alle diese Befugnisse sind nicht ausserhalb der Forderung liegende und von dieser unterscheidbare Rechte, sondern sie bilden deren Bestandteile und sind von ihr nicht zu trennen.⁴ Geht die Forderung aus irgend einem Grund unter, so erlöschen ohne weiteres auch die sich aus ihr für den Gläubiger ergebenden Befugnisse. Ein Befriedigungsanspruch oder ein Zwangsvollstreckungsrecht des Gläubigers ohne Forderung ist nicht denkbar und ergibt keinen Sinn. Aus dieser Feststellung heraus lässt sich daher ohne weiteres der Schluss ziehen, dass umgekehrt jeder Angriff auf eine aus der Forderung fließende Befugnis des Gläubigers nichts anderes sein kann, als ein Angriff auf die Forderung selbst, liege dieser

1 So ausdrücklich Germann, Verbrechen, S. 294; Caspar, S. 13 und sinngemäss Maurach, BT I, S. 373.

2 Die aus der Forderung fließende Befugnis, die Leistung zu verlangen, wird auch Anspruch genannt; von Tuhr/Peter, S. 15.

3 Von Tuhr/Peter, S. 16.

4 Von den erwähnten Bestandteilen einer Forderung, die ihr Wesen ausmachen, sind die Nebenrechte (akzessorische Rechte) klar zu unterscheiden; von Tuhr/Peter, S. 21 .

Angriff in einer Beeinträchtigung des Erfüllungsanspruchs gegenüber dem Schuldner oder - zeitlich später¹ - in einer Einwirkung auf die Zwangsvollstreckungsbefugnis bzw. das entsprechende Verfahren.² Dasselbe ergibt sich aus der Ueberlegung, dass die Zwangsvollstreckung gemäss SchKG im Kern darauf beruht, das in einem bestimmten Zeitpunkt vorhandene Vermögen des Schuldners ganz oder teilweise mit Beschlag zu belegen und zur Befriedigung der Forderungen des oder der Gläubiger zu verwenden.³ Je grösser diese Vermögensmasse ist, desto höher die Chancen der Gläubiger auf vollständige Befriedigung. Nach ihrem Wortlaut beschreiben nun Art. 163 und Art. 164 StGB nichts anderes als einen in einer vorsätzlichen Verkleinerung des Vermögenssubstrats bestehenden Angriff des Schuldners auf die sich aus der Forderung ergebende Zwangsvollstreckungsbefugnis⁴ des Gläubigers. Dies bedeutet aber, wie oben dargelegt, eo ipso einen Angriff auf die Forderung selbst.⁵

1 Wenn der Schuldner freiwillig keine Erfüllung geleistet hat.

2 Zum gleichen Resultat gelangt man auch, wenn man sich die Funktion des Zwangsvollstreckungsrechts vor Augen führt: Dieses hat eine reine Hilfsfunktion mit dem Zweck, dem Gläubiger das ihm gemäss Forderung Gebührende zu verschaffen. Jeder Angriff auf dieses Hilfsmittel bewirkt zwangsläufig zumindest eine Gefährdung der Forderung. Nicht das Hilfsmittel, sondern die Forderung, der es dient, bildet den wirtschaftlichen Wert. Dies wird vom Bundesgericht übersehen, wenn es in BGE 105 IV 318 die korrekte Durchführung der Betreibung als geschütztes Rechtsgut bezeichnet; vgl. auch 106 IV 35.

3 Fritzsche, Bd. I, S. 7

4 Zur Zwangsvollstreckungsbefugnis des Gläubigers gehört auch der Anspruch, dass das entsprechende Verfahren ohne Beeinträchtigung nach den Vorschriften des SchKG abgewickelt wird.

5 Diese wird entweder verletzt oder gefährdet, vgl. hinten S. 168 ff. .

Aus obigen Erwägungen heraus sowie aus dem Umstand, dass ein sehr enger Zusammenhang der Delikte von Art. 163 und Art. 164 StGB mit dem Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren gemäss SchKG besteht¹ und dieses Gesetz ausschliesslich die auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichteten Forderungen betrifft², erscheint es als zutreffend, die Geldforderungen der Gläubiger als durch die Straftatbestände von Art. 163 und Art. 164 StGB geschütztes Rechtsgut zu bezeichnen.³ Mittel des strafbaren Angriffs auf die Geldforderungen bildet eine tatsächliche oder scheinbare Vermögensverminderung.⁴

3. Art. 163 und Art. 164 StGB sind keine Delikte gegen die Rechtspflege

Ob betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug nebst den Geldforderungen der Gläubiger auch den Schutz der Zwangsvollstreckung als eines Teils der staatlichen Rechtspflege bezwecken, ist in der Lehre kontrovers. In Ablehnung an Hafter⁵ vertreten einige Autoren die Auf-

-
- 1 Konkursöffnung und Ausstellung eines Verlustscheins sind Strafbarkeitsbedingungen, das heisst es wird die zumindest teilweise Durchführung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens gemäss SchKG vorausgesetzt.
 - 2 Art. 38 SchKG. Am Konkursverfahren können auch andere Forderungen teilnehmen, doch werden diese in Geldforderungen von entsprechendem Wert umgewandelt (Art. 211 SchKG); Fritzsche, Bd. II, S. 66/67.
 - 3 So schon Segesser von Brunegg, S. 17
 - 4 Wach, S. 97; Löffler, S. 75
 - 5 Hafter I, S. 385. Hafter bezeichnet die Betreibungs- und Konkursstatbestände als Delikte gegen die Rechtspflege "in einem weiteren Sinne verstanden".

fassung, die Betreibungs- und Konkursdelikte des 4. Abschnitts seien auch Rechtspflegedelikte¹, es gehe dabei auch um die Gewährleistung eines normalen Funktionierens des Zwangsvollstreckungsverfahrens.^{2,3} Eine eingehendere Auseinandersetzung mit der Frage, ob und in welchem Umfang diese allgemeine Feststellung auch für die Art. 163 und 164 StGB Gültigkeit beanspruchen könne, fehlt indessen in den genannten Kommentaren.⁴

Soweit sich die Lehre eingehender mit dem betrügerischen Konkurs bzw. dem Pfändungsbetrug befasst, ergibt sich mit Bezug auf das erwähnte Problem ein uneinheitliches Bild. Einzelne Autoren gehen davon aus, Art. 163 und Art. 164 StGB dienten auch dem Schutz der Rechtspflege, wobei allerdings durchwegs betont wird, im Vordergrund stünden bei diesen Tatbeständen eindeutig die Gläubigerinteressen.⁵ Andere Lehrmeinungen erwähnen lediglich die Gläubigerforderungen als Schutzobjekt⁶, während

1 Germann, Verbrechen, S. 294

2 Logoz, N. 2 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB

3 Thormann/von Overbeck, N. 1 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB: "Bei diesen Bestimmungen handelt es sich einerseits um den Schutz der Gläubiger eines in Vermögensverfall geratenen Schuldners, andererseits um die Wahrung der Interessen der Zwangsvollstreckung als eines Teils der Rechtspflege."

4 Sowohl Hafter als auch Thormann/von Overbeck und Logoz erwähnen dieses Rechtsgut bei der Kommentierung von Art. 163/164 StGB nicht, ersterer auch nicht in seinem Lehrbuch.

5 Fehr, S. 136; Haefliger, S. 98; Caspar, S. 13 Anm. 3; Kunz, S. 5

6 Willi, S. 30 ff.; Lenherr, S. 32; Löffler, S. 75 ff.

eine letzte Gruppe die Auffassung, bei Art. 163 und Art. 164 StGB handle es sich um Rechtspflegedelikte, ausdrücklich ablehnt.¹

Welchen Standpunkt das Bundesgericht in dieser Frage einnimmt, ist unklar. So wird ausgeführt, die Betreibungs- und Konkursdelikte dienten allgemein dem Schutz des Zwangsvollstreckungsrechts², Art. 163 StGB richte sich gegen "die Zwangsverwertung überhaupt".³ Rechtsgut von Art. 164 StGB sei der Anspruch der Gläubiger auf korrekte Durchführung des Betreibungsverfahrens, während das Betreibungsverfahren "als solches" durch die Art. 323 und 324 StGB geschützt werde.⁴ Ein Indiz dafür, dass das Bundesgericht offenbar auch das Zwangsvollstreckungsverfahren als Bestandteil der Rechtspflege als Schutzobjekt von Art. 163 und Art. 164 StGB betrachtet, bildet seine Rechtsprechung über das Verhältnis der beiden genannten Tatbestände zu Art. 323 Ziff. 4 StGB. Erfüllt eine strafbare Handlung objektiv sowohl Art. 323 Ziff. 4 StGB als auch Art. 163 StGB⁵, lässt sich jedoch ein Benachteiligungsvorsatz des Täters nachweisen, so wird unechte Idealkonkurrenz angenommen, das heisst es gelangt

1 Wach, S. 55 und S. 91 f.; Corrodi, S. 33. Sinngemäss auch Stratenwerth, BT I, S. 283, S. 297 und S. 301 sowie Schwander, SJK 1128, S. 1 f. .

2 BGE 97 IV 18

3 BGE 93 IV 18/19. Art. 167 StGB dagegen schütze den Anspruch der Gläubiger auf Gleichbehandlung.

4 BGE 105 IV 317/318

5 Gleiches gilt wohl auch im Verhältnis zwischen Art. 323 Ziff. 2 StGB und Art. 164 StGB.

lediglich Art. 163 StGB zur Anwendung.¹ Diese Praxis legt mindestens die Vermutung nahe, das Bundesgericht nehme an, auch Art. 163 und Art. 164 StGB dienten unter anderem dem Schutz des Zwangsvollstreckungsverfahrens.²

Der Versuch, in den Bereich der durch Art. 163 und Art. 164 StGB geschützten Rechtsgüter nebst den Geldforderungen der Gläubiger auch die Rechtspflege einzubeziehen, ist m.E. abzulehnen. Anhaltspunkte dafür, dass dies bei der Ausarbeitung des Strafgesetzbuches beabsichtigt worden wäre, fehlen. Nachdem von der Gesetzessystematik her sowohl betrügerischer Konkurs als auch Pfändungsbetrug eindeutig Vermögensdelikte sind, wäre aber eine klare Aeusserung des Gesetzgebers in dieser Richtung unerlässlich gewesen. Auch der Wortlaut von Art. 163 StGB enthält - im Gegensatz etwa zu demjenigen von Art. 168 bis Art. 170 StGB - keine Indizien, die die erwähnte Auffassung stützen würden.³ Endlich verbietet es auch der Umstand des Vorhandenseins separater, in erster Linie dem Ver-

1 BGE 93 IV 92; Bundesgericht 5.12.58 in Sachen G. (zit. bei Caspar, S. 44). In diesem Sinne auch Schwander, SJK 1133, S. 3; Hafter, BT I, S. 327; Logoz, N. 1 zu Art. 323 StGB und N. 4 zur Art. 324 StGB; Karmann, S. 33 ff.; Stratenwerth, BT I, S. 306; Kunz, S. 99.

2 Dass die Art. 323/324 StGB dem Schutz des Zwangsvollstreckungsverfahrens, das heisst der Rechtspflege dienen, ist unbestritten. Nach Schultz (AT I, S. 122) spricht die Vermutung für echte Gesetzeskonkurrenz, wenn zwei Tatbestände zwei verschiedene Rechtsgüter schützen. Daraus kann geschlossen werden, dass umgekehrt ein Indiz für den Schutz desselben Rechtsguts gegeben ist, wenn die Rechtssprechung in einem bestimmten Fall unechte Gesetzeskonkurrenz annimmt.

3 In Art. 168 - 170 StGB, welche nach übereinstimmender Auffassung entweder vorwiegend oder ausschliesslich die staatliche Autorität schützen, wird jeweils ausdrücklich eine Einwirkung auf ein gerichtliches oder amtliches Verfahren beschrieben. Dies trifft auf die Art. 163 und Art. 164 StGB nicht zu.

fahrensschutz dienender Tatbestände im Gesetz¹, weitere Bestimmungen des 4. Abschnitts beliebig in dieser Richtung auszuweiten. Das muss gelten, obwohl nicht verkannt werden soll, dass sich sowohl vor Einleitung eines Betreibungs- und Konkursverfahrens als auch während eines solchen begangene strafbare Handlungen gemäss Art. 163 und Art. 164 StGB unter Umständen ungünstig auf jenes auswirken können, beispielsweise in Form vermehrter Umtriebe für die zuständigen Vollstreckungsbehörden.² Im Vordergrund stehen indessen beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug eindeutig die Handlungen zum Nachteil der Gläubiger und nicht die Beeinträchtigung der staatlichen Autorität.

1 Die bereits erwähnten Art. 168 bis 170 StGB sowie Art. 323/324 StGB.

2 Auch bei den meisten anderen im StGB normierten Delikten können solche "Nebenwirkungen" auftreten, ohne dass ernsthaft in Betracht gezogen würde, in allen Fällen die entsprechenden Rechtsgüter als Schutzobjekte dieser Tatbestände zu bezeichnen.

IV. DAS HANDLUNGSOBJEKT BEIM BETRUEGERISCHEN KONKURS UND BEIM PFAENDUNGSBETRUG

Nach dem Wortlaut von Art. 163 und Art. 164 StGB besteht die strafbare Handlung des Schuldners¹ in einer tatsächlichen oder scheinbaren Verminderung seines Vermögens.² Gegenstand des strafbaren Angriffs und damit Handlungsobjekt³ beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug bildet mithin das eigene, ihm im Moment der Handlung zu Eigentum oder einem anderen Recht zustehende Vermögen des Schuldners. Da das Handlungsobjekt bei Art. 163 und Art. 164 StGB im Gesetz ausdrücklich genannt ist, kann mit Schultz⁴ auch davon gesprochen werden, das Vermögen sei Angriffsobjekt.⁵

1 Oder des Drittgemäss Art. 163 Ziff. 2 und Art. 164 Ziff. 2 StGB.

2 Zum Begriff des Vermögens vgl. vorne S. 44 f. .

3 Auch bei tatsächlicher oder scheinbarer Vermehrung der Passiven bildet das eigene Vermögen des Schuldners das Handlungsobjekt. Im Umstand, dass nicht fremdes Vermögen angegriffen wird, liegt eine der Besonderheiten von Art. 163 und Art. 164 StGB.

4 Schultz, AT I, S. 114

5 Näheres zum Problem von strafbaren Angriffen auf Kompetenzstücke und andere unpfändbare Vermögenswerte vgl. hinten S. 118 ff. und 175 ff. .

G. KONKURSERÖFFNUNG UND AUSSTELLUNG EINES VERLUSTSCHEINS ALS VORAUSSETZUNGEN DER STRAFBARKEIT

I. RECHTSNATUR DIESER VORAUSSETZUNGEN UND IHRE FOLGEN

Art. 163 StGB und Art. 164 StGB unterscheiden¹ sich durch die Formulierung der jeweiligen Strafbarkeitsvoraussetzungen: Beim betrügerischen Konkurs löst die Konkurseröffnung, beim Pfändungsbetrug die Ausstellung eines Verlustscheins² gegen den Schuldner den staatlichen Strafanspruch aus. Der abweichende Wortlaut der Bestimmungen ergibt sich naturgemäss aus den verschiedenen Zwangsvollstreckungsarten, an welche sie anschliessen, und die, wie noch darzustellen sein wird, auch einen gewissen inhaltlichen Unterschied zwischen Art. 163 und Art. 164 StGB ausmachen.³ Die Einführung der zwei verschiedenen Strafbarkeitsbedingungen in den Text entspringt indessen demselben Zweckgedanken: Konkurseröffnung und Ausstellung eines Verlustscheins sollen einen bestimmten Grad der Gefährdung der Zwangsvollstreckung⁴ und der Forderungen der Gläubiger dokumentieren⁵, andererseits jene Fälle

1 Vgl. dazu vorne S. 34 ff.

2 Die Terminologie des StGB lehnt sich hier an jene des SchKG an. Konkurseröffnung und Ausstellung des Verlustscheins müssen rechtskräftig sein.

3 Da Spezial- und Generalexekution - abgesehen vom u.U. gleichen Einleitungsverfahren (Art. 69 - Art. 87 SchKG) - teilweise verschieden konzipiert sind und ablaufen, lassen sich die beiden Strafbarkeitsbedingungen kaum vergleichen.

4 BGE 74 IV 97; 102 IV 175.

5 Schwander, SJK 1128, S. 11; Caspar, S. 22; Haefliger, S. 100; Stratenwerth, BT I, S. 283; Kunz, S. 10; Schwander, S. 373 Nr. 589 Ziff. 5; Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 402 (Bolli) und Bd. 4, S. 114 (Zürcher).

von der Strafverfolgung ausschliessen, in denen eine Benachteiligung der Gläubiger von vornherein schwer nachzuweisen wäre¹ bzw. in denen kein Interesse an der Strafverfolgung besteht.²

Dass es sich bei den beiden Strafbarkeitsvoraussetzungen von Art. 163 und Art. 164 StGB um sogenannte objektive Strafbarkeitsbedingungen³ handelt, ist heute sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung unbestritten.⁴ Konkurseröffnung und Ausstellung des Ver-

1 Caspar, S. 21 f.

2 BGE 75 IV 109; Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 397 (Lang). Näheres zu diesem Zweckgedanken vgl. hinten S. 79 f. .

3 Hafter (AT I, S. 123) definiert diese als ausserhalb des Tatbestandes liegende vom Willen des Täters zu- meist unabhängige Umstände, von denen die Strafbarkeit abhängt; vgl. auch Hauser/Rehberg, S. 52; Schultz, AT I, S. 111; Schwander, S. 110 Nr. 226; Germann, Verbrechen, S. 30, 177 und 179. Ihre Rechtsnatur und ihre Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip des modernen Strafrechts sind umstritten: Baumann, S. 490 ff.; Jeschek, S. 449.

4 BGE 72 IV 19 (betrifft Art. 166 StGB); 74 IV 97; 74 IV 37; 89 IV 78; 84 IV 15; 101 IV 22; 105 IV 321; ZBJV 82 (1946) S. 94; SJZ 45 (1949) S. 155 Nr. 63; ZR 43 (1944) Nr. 75; ZR 44 (1945) Nr. 147; ZR 68 (1969) Nr. 39; ZR 75 (1976) Nr. 71; Schwander, SJK 1128, S. 10 f.; Caspar, S. 21; Kunz, S. 7; Haefliger, S. 98; Hafter, BT I, S. 335; Hafter II, S. 2; Rehberg, S. 93; Petrzilka, S. 209; Gilliéron, S. 305; Müller, S. 2; Stratenwerth, BT I, S. 286 und 288; Germann, Verbrechen, S. 294; Schmid, Wirtschaftsstraftäter, S. 96; Thormann/von Overbeck, Nr. 5 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB; Logoz, N. 4 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB; N. 1 zu Art. 163 StGB und N. 1 zu Art. 164 StGB.

Entgegen Caspar (S. 21) war die Frage früher umstritten: Willi, S. 43 f.; Kunz, S. 8; Segesser von Brunegg, S. 52 ff. (je m.w.H.).

lustscheins machen mithin nicht den Erfolg der tatbestandsmässigen Handlung des Schuldners oder des Dritten aus.¹ Ja diese Ereignisse können gar völlig unabhängig von deren Verhalten eingetreten sein.² Bestraft wird nicht die Herbeiführung des Konkurses bzw. eines Verlusts der Gläubiger im Pfändungsverfahren, sondern der Angriff auf das eigene Vermögen des Schuldners mit dem Vorsatz, dadurch jene im Zwangsvollstreckungsverfahren irgendwie zu benachteiligen.³

Daraus folgt, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Täters und dem Eintritt des Konkurses bzw. der Ausstellung des Verlustscheins nicht zu bestehen oder zumindest nicht nachgewiesen zu werden braucht.⁴ Trotzdem muss, wie das Bundesgericht m.E. mit Recht entschieden hat⁵, ein gewisser zeitlicher

-
- 1 Caspar, S. 21; Schwander, SJK 1128, S. 12; BGE 75 IV 109; 102 IV 23 (betrifft Art. 165 StGB)
 - 2 Stratenwerth, BT I, S. 286; Hafter, BT I, S. 335; Hafter II, S. 2; Kunz, S. 8
 - 3 BGE 74 IV 37; ZR 68 (1969) Nr. 39; Haefliger, S. 102; Hafter II, S. 3 (auch Anm. 1); Loeffler, S. 75; Kunz, S. 18; Schwander, SJK 1128, S. 1. Natürlich können Konkurseröffnung und Verlustschein die Folge der strafbaren Handlung sein; z.B. Schwander, SJK 1128, S. 9, 12; BGE 93 IV 17. Dies aber nur dann, wenn die strafbare Handlung diesen Ereignissen nicht nachfolgt.
 - 4 Ueber diese Folgerung besteht in Lehre und Praxis Einstimmigkeit: Stratenwerth, BT I, S. 286; Schwander, SJK 1128, S. 12; Caspar, S. 21 und 38; Germann, Verbrechen, S. 294; Hafter, BT I, S. 336; Haefliger, S. 101; Kunz, S. 17; Hafter II, S. 3; Petrzilka, S. 209; Logoz, N. 4 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB; Thormann/von Overbeck, N. 5 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB; Rehberg, S. 93; BGE 74 IV 37; 75 IV 109; 102 IV 23.
 - 5 BGE 75 IV 109 f. (betrifft Art. 167 StGB); Bundesgericht 26.3.53 i.S.D.A. (zit. bei Caspar, S. 33); 103 IV 234

und äusserlicher Zusammenhang zwischen Konkurseröffnung bzw. Ausstellung des Verlustscheins einerseits und dem tatbestandsmässigen Verhalten des Schuldners andererseits vorliegen, damit die Strafbarkeitsbedingung als erfüllt zu betrachten ist und im konkreten Fall eine Bestrafung eintreten kann.¹ Es genügt nicht, wenn gegen den Schuldner irgendwelche Verlustscheine bestehen, oder wenn er früher in irgendeiner Betreibung fruchtlos ausgepfändet worden ist², sondern der Nachteil muss gerade in jenem Zwangsvollstreckungsverfahren eingetreten sein, welches die objektive Strafbarkeitsbedingung liefert. Dass diese Auslegung richtig ist, folgt schon aus der allgemeinen Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingungen. Diese dürfen niemals völlig losgelöst von einem bestimmten strafrechtlich relevanten Geschehen betrachtet werden sondern sie nehmen im Gegenteil ganz direkt Bezug auf ein solches, sei es, dass sie dessen Strafbarkeit einschränken³, sei es, dass sie gemäss einer anderen Theorie im konkreten Fall ein fehlendes Strafbedürfnis

1 Schwander (SJK 1128, S. 12) spricht von einem "indirekten Zusammenhange"; vgl. hinten S. 124 f. .

2 Haefliger, S. 101

3 Baumann, S. 491; Schwander, S. 111 Nr. 227a; Hauser/Rehberg, S. 52. Auch diese Autoren sprechen davon, bei der objektiven Strafbarkeitsbedingung handle es sich um ein mit dem strafbaren Verhalten zusammenhängendes Ereignis; ebenso Jeschek, S. 449.

zum Ausdruck bringen.¹ Fehlt dieser Zusammenhang zu einem konkreten Tatgeschehen, so vermag auch eine objektiv zu Recht erfolgte Konkursöffnung bzw. ein zu Recht ausgestellter Verlustschein den staatlichen Strafanspruch nicht auszulösen.² Den entsprechenden Autoren sowie dem Bundesgericht ist insoweit ohne Einschränkungen zuzustimmen. Scheinbar noch einen Schritt weiter gehen das Bundesgericht und an dieses anschliessend auch Caspar, wenn sie beim Pfändungsbetrug verlangen, der Verlustschein müsse demjenigen Gläubiger ausgestellt worden sein, welcher durch die betreffende strafbare Handlung effektiv benachteiligt worden sei.³ Bei näherer Betrachtung erweist sich dies jedoch lediglich als richtige Schlussfolgerung aus der Voraussetzung des unmittelbaren Zusammenhangs zwischen Handlung und Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung für den Fall des Pfändungsbetrugs.⁴

-
- 1 Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der Einführung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen bei Art. 163 und Art. 164 StGB die Strafverfolgung auf Fälle einzuschränken, in denen üblicherweise ein Interesse der Gläubiger daran besteht, nämlich wenn diese im konkreten Fall zu Schaden kommen (Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 397 und 401 f.). Ob ein solches Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung bestimmter Handlungen besteht, kann aber konsequenterweise einzig davon abhängen, wie sich diese im damit direkt zusammenhängenden Betreibungsverfahren ausgewirkt haben.
 - 2 Caspar, S. 23, 32 ff. und 38; Haefliger, S. 101; Schwander, SJK 1128, S. 9 und 12
 - 3 BGE 75 IV 109 f.; Caspar, S. 33
 - 4 Betreibt nur ein Gläubiger, so kann in dieser Betreuung nur er benachteiligt sein und nur ihm ein Verlustschein ausgestellt werden. Schliessen sich dem Betreibenden innert nützlicher Frist weitere Gläubiger an (Art. 110 SchKG) und reicht das vorhandene Vermögen nicht aus, so werden in der Praxis stets auch alle Gläubiger, welche benachteiligt sind, einen provisorischen oder einen definitiven Verlustschein erhalten haben, gleichgültig, ob der Nachteil in einer Erschwerung der Zwangsvollstreckung oder in einem Verlust besteht.

Aus der Rechtsnatur von Konkurseröffnung und Ausstellung eines Verlustscheins als objektive Strafbarkeitsbedingungen folgt ferner, dass sich der Vorsatz des Täters nicht darauf zu beziehen braucht.¹ Ihr Vorliegen ist zudem die unabdingbare Voraussetzung nicht nur für die Bestrafung des vollendeten Delikts sondern auch des Versuchs.²

II. KONKURSWIDERRUF, KONKURSEINSTELLUNG UND ERLOESCHEN DES VERLUSTSCHEINS

1. Konkurswiderruf

Die Frage, ob bei Konkurswiderruf³ eine Bestrafung des Täters noch möglich sei, bildete seit jeher Gegenstand ausführlicher Erörterungen. Während die Praxis und der

- 1 Schwander, S. 111 Nr. 227 Ziff. 1 und Nr. 227a sowie S. 91 Nr. 182 Ziff. 3; Schultz, AT I, S. 177; Jeschek, S. 453; Baumann, S. 490; Caspar, S. 21; Schwander, SJK 1128, S. 12; Haefliger, S. 98; Petrzilka, S. 209; Kunz, S. 8; Germann, Verbrechen, S. 294; Stratenwerth, BT I, S. 286; BGE 84 IV 15; Thormann/von Overbeck, N. 5 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB
- 2 Germann, Verbrechen, S. 294; Stratenwerth, BT I, S. 286; Kunz, S. 8; Hafer II, S. 15; Haefliger, S. 98; Rehberg, S. 93; Caspar, S. 22; Logoz, N. 5 zu Art. 163 StGB und N. 5 zu Art. 164 StGB; Thormann/von Overbeck, N. 9 zu Art. 163 StGB und N. 5 zu Art. 164 StGB; BGE 70 IV 77; Hafer, BT I, S. 344. Haefliger vertritt als einziger die Ansicht, es müsse eine Bestrafung wegen untauglichen Versuchs möglich sein, auch wenn die objektive Strafbarkeitsbedingung nicht erfüllt sei. Dies wäre jedoch systemwidrig; (vgl. Haefliger, S. 98 f.).
- 3 Das Konkursgericht hat den Konkurs zu widerrufen, wenn der Schuldner von sämtlichen Gläubigern die schriftliche Erklärung beibringt, wonach diese ihre Konkursangabe zurückziehen, ferner, wenn ein Nachlassvertrag zustandekommt (Art. 195 SchKG; Art. 317 SchKG). Der Widerruf ist vom Ablauf der Eingabefrist an bis zum Schluss des Konkursverfahrens möglich. Durch den Widerruf wird der Schuldner wieder in sein Vermögen eingesetzt. Die Rechtsgültigkeit des Konkurserkenntnisses wird dadurch allerdings nicht in Frage gestellt; Fritzsche, Bd. II, S. 35 ff.; Amonn, S. 291 f..

überwiegende Teil der Lehre den Standpunkt eingenommen hat, der nachträgliche Konkurswiderruf habe - wenn die Konkurseröffnung rechtsgültig erfolgt sei - keinen Einfluss mehr auf die Strafbarkeit des Schuldners oder des Dritten¹, erhoben sich auch vereinzelt kritische Stimmen.² M.E. darf die herrschende Lehre und Praxis als richtig eingestuft werden. So haben sich, wie das Bundesgericht³ zutreffend feststellt, die Mitglieder der zweiten Expertenkommission in ihrer grossen Mehrheit klar dagegen ausgesprochen, dass der Konkurswiderruf die Straflosigkeit des Schuldners oder des Dritten nach sich ziehe.⁴ Diese Tatsache allein vermag jedoch

-
- 1 Schwander, S. 374 Nr. 589a Ziff. 3; Hafer, BT I, S. 345; Caspar, S. 23; Haefliger, S. 101; Kunz, S. 12; Müller, S. 3 f.; Schwander, SJK 1128, S. 11; Petrzilka, S. 209; Rehberg, S. 93; BGE 74 IV 97, 84 IV 16; ZBJV 82 (1946) S. 94 f.; ZBJV 78 (1942) S. 143 f.; SJZ 50 (1954) S. 145 Nr. 59; Strafericht Baselstadt 25.11.52 i.S. Zehntner (zit. bei Müller, S. 4 und Kunz, S. 14)
 - 2 Thormann/von Overbeck, N. 5 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB a.E.; neuerdings: Stratenwerth, BT I, S. 287
 - 3 BGE 74 IV 96; vgl. auch ZBJV 82 (1946) S. 94 f.
 - 4 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 109 ff. . Für die Straflosigkeit votierte einzig Reichel, der jedoch keinen formellen Abänderungsantrag stellte. Die Bemerkung von Gautier (Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 110), die Redaktionskommission habe überhaupt keinen vernünftigen Grund dafür gefunden, bei Konkurswiderruf auf eine Bestrafung des Täters zu verzichten, mutet allerdings etwas eigenartig an, nachdem die Kommission die Einführung der Strafbarkeitsbedingung ausdrücklich mit dem Gläubigerinteresse begründet hatte (Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 397 und 401 f.) Da bei Konkurswiderruf das Interesse der Gläubiger an der Strafverfolgung zumeist gering sein wird, hätte die Kommission konsequenterweise eigentlich für Straflosigkeit eintreten müssen.

die Richtigkeit der herrschenden Auffassung noch nicht ausreichend zu untermauern. Entscheidend ist vielmehr die von den befürwortenden Autoren wie auch von einzelnen Kommissionsmitgliedern mit Recht angestellte Ueberlegung, Straflosigkeit als Folge eines Konkurswiderrufs stehe im Widerspruch zur subjektiven Verbrechensauffassung.¹ In der Lehre ist die Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem auf das Verschulden des Täters hin ausgerichteten Verständnis des Strafrechts heute stark umstritten.² Vor dem Hintergrund der m.E. berechtigten Bedenken eines Teils der Lehre dürfte es nicht angezeigt sein, den Einflussbereich solcher objektiver Faktoren auf dem Wege der Auslegung über den Gesetzeswortlaut³ hinaus weiter auszudehnen; genau das wäre indessen mit der Annahme, nicht nur die mangelnde

-
- 1 Haefliger, S. 101; Müller, S. 4; Kunz, S. 14; Hafter in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 111; ZBJV 82 (1946) S. 94 f.; Basler Strafergericht 25.11.52 i.S. Zehntner. Müller (S. 4): "Eine solche Bestimmung (wonach Konkurswiderruf Straflosigkeit bedeutet) wäre auch nicht gerechtfertigt, denn nach der dominierenden Ansicht ist für die Frage der Strafbarkeit der Tat grundsätzlich das Schwergewicht auf den durch die Tat dokumentierten verbrecherischen Willen, auf die soziale Gesinnung des Täters, und erst in zweiter Linie auf den schliesslichen Erfolg der Tat zu legen."
- 2 Baumann, S. 490 f.; Jeschek, S. 451 je m.w.H.; Caspar, S. 22. In diesem Sinne früher schon Willi, S. 78 und Löffler, S. 85; vgl. auch hinten S. 77.
- 3 Zu Recht wird darauf hingewiesen, aus dem Wortlaut von Art. 163/164 StGB ergebe sich kein Anhaltspunkt für die Annahme, Konkurswiderruf bedeute Straflosigkeit: ZBJV 82 (1946) S. 94 f.; Haefliger, S. 101; Müller, S. 3 unter Hinweis auf den Entscheid des Strafgerichts Baselstadt vom 25.11.52 i.S. Zehntner. Angesichts des Ausnahmecharakters solcher objektiver Strafbarkeitsbedingungen wäre eine ausdrückliche Bestimmung, wonach bei Konkurswiderruf die Strafbarkeit dahinfalle, erforderlich gewesen, zumal der Gesetzgeber das Problem klar erkannt hatte.

Konkurseröffnung, sondern auch deren Widerruf bedeute Strafflosigkeit, der Fall. Zu beachten ist schliesslich, dass der Konkurswiderruf - anders als die nachträgliche Aufhebung der Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren - die Rechtsgültigkeit der erfolgten Konkurseröffnung keineswegs in Frage stellt, weshalb daraus nichts Entscheidendes für ein Dahinfallen des Strafanspruchs hergeleitet werden kann.¹ Nicht zu überzeugen vermag schliesslich die von Stratenwerth² neuerdings an der herrschenden Auffassung über die Auswirkungen des Konkurswiderrufs geübte Kritik. Da gemäss Art. 195 SchKG ein solcher bis zum Abschluss des Konkursverfahrens ausgesprochen werden kann³, ist keineswegs ausgeschlossen, dass im Zeitpunkt des Konkurswiderrufs den Gläubigern bereits Nachteile⁴ erwachsen sind. Es kann nicht gesagt werden, die Situation beim Konkurswiderruf sei für die Gläubiger stets dieselbe, wie wenn überhaupt kein Konkurs eröffnet worden sei. Der von Stratenwerth herangezogene

1 Fritzsche, Bd. II, S. 35 ff.; BGE 84 IV 16

2 Stratenwerth (BT I, S. 286 f.) führt aus, wenn der Konkurs nicht durchgeführt werde, könnten sich die Handlungen des Schuldners darauf ebensowenig nachteilig auswirken, wie wenn er überhaupt nicht eröffnet worden sei.

3 Fritzsche, Bd. II, S. 35 ff.; Amonn, S. 291

4 Nach der Praxis braucht der den Gläubigern erwachsende Nachteil nicht unbedingt in einem Verlust zu bestehen. Da im übrigen der Konkurs auch bei Abschluss eines Nachlassvertrags widerrufen wird und die Gläubiger bei Nachlassverträgen oftmals gezwungen sind, Abstriche an ihren Forderungen zu machen, sind bei Konkurswiderruf selbst Verluste der Gläubiger nicht ausgeschlossen. Vgl. dazu auch Müller in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 112 und die unrichtige Äusserung Reichels (loc. cit. S. 110).

Vergleich erscheint deshalb zur Begründung seiner Auffassung, wonach Konkurswiderruf Strafflosigkeit zur Folge haben sollte, als wenig geeignet. Gleiches gilt wohl auch für das von befürwortender Seite vertretene Argument, Schadensdeckung führe im Strafrecht nicht zu Strafflosigkeit, sondern nur zu Strafmilderung.¹

2. Erlöschen des Verlustscheins

Analog zur Praxis, wonach der Konkurswiderruf nicht zur Aufhebung der Strafbarkeit führt, ist im Zusammenhang mit Art. 164 StGB dann zu entscheiden, wenn entweder infolge Zahlung der geschuldeten Geldleistung an das Betreibungsamt die Betreibung direkt untergeht² oder vom Richter gestützt auf Art. 85 SchKG aufgehoben wird.³ In solchen Fällen erlischt ohne weiteres auch der ausgestellte provisorische Verlustschein⁴, da der Zweck, um dessentwillen er errichtet wurde, nicht mehr erreichbar ist.⁵ Trotzdem ist, wie Haefliger⁶ mit Recht ausführt,

1 Müller, S 4; Kunz, S. 14; Urteil des Strafgerichts Baselstadt vom 25.11.52 i.S. Zehntner. Dieser auf Fälle, in denen der Schadenseintritt den Erfolg der strafbaren Handlung darstellt, zugeschnittene Grundsatz lässt sich wohl nicht ohne weiteres auch auf die objektiven Strafbarkeitsbedingungen übertragen.

2 Art. 12 SchKG; Fritzsche, Bd. I, S. 155

3 Fritzsche, Bd. I, S. 155 f.; Amonn, S. 137 f. . Nicht zu verwechseln damit ist die Aufhebung eines ausgestellten Verlustscheins im Rechtsmittelverfahren gemäss den Vorschriften des SchKG.

4 Dieser genügt nach der Praxis als objektive Strafbarkeitsbedingung gemäss Art. 164 StGB; vgl. hinten S. 66ff..

5 Fritzsche, Bd. I, S. 268

6 Haefliger, S. 101. Der Umstand der nachträglichen Erfüllung kann bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. U.U. kann tätige Reue (Art. 22 Abs. 2 StGB), Rücktritt (Art. 21 Abs. 2 StGB) oder aufrichtige Reue (Art. 64 StGB) vorliegen; vgl. auch Maximen 1950 Nr. 808.

die Strafverfolgung weiterzuführen, da das nachträgliche Dahinfallen des provisorischen Verlustscheins die Rechtsgültigkeit seiner Ausstellung nicht in Frage stellt.¹

3. Konkurseinstellung

Nach Art. 230 Abs. 1 SchKG wird der Konkurs eingestellt, wenn keinerlei in die Masse gehörendes Vermögen vorgefunden wird. Auch in einem solchen Fall rechtfertigt es sich nicht, den Schuldner oder Dritten, der sich Handlungen zum Nachteil der Gläubiger zuschulden kommen liess, straffrei ausgehen zu lassen.² Dies deshalb, weil die vorgängige Konkurseröffnung durch die Konkurseinstellung mangels Aktiven ebensowenig in Frage gestellt wird wie durch den Konkurswiderruf. Da bei der Konkurseinstellung zudem die Wahrscheinlichkeit, dass die Gläubiger zu Verlust kommen, beträchtlich höher veranschlagt werden muss als noch im Zeitpunkt der Konkurseröffnung und damit eine wesentlich stärkere Gefährdung der Gläubigerforderungen manifest geworden ist, ist es auch vom Sinn der objektiven Strafbarkeitsbedingungen bei den Betreibungs- und Konkursdelikten her nicht angebracht, auf die Strafverfolgung gegenüber dem Täter zu verzichten.³

-
- 1 Diesselben Grundsätze und Ueberlegungen müssen selbstverständlich auch gelten, wenn auf den definitiven Verlustschein als Strafbarkeitsbedingung abgestellt wird, das heisst wenn überhaupt kein provisorischer Verlustschein ausgestellt worden ist, und der Schuldner nachträglich (nach Abschluss des Betreibungsverfahrens) erfüllt. Die Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG kommt dagegen nach Ausstellung des definitiven Verlustscheins nicht mehr in Betracht; vgl. Amonn, S. 138.
 - 2 Caspar, S. 23; Schwander, SJK 1128, S. 11; Schwander, S. 374 Nr. 589a Ziff. 3 unter Hinweis auf BGE 74 IV 97 und 84 IV 16
 - 3 SJZ 56 (1960) S. 44 Nr. 19 nimmt diesfalls an, es sei stets bloss wegen Versuchs zu bestrafen. Dies kann aber nicht richtig sein; vgl. hinten S. 168 Anm. 2.

III. DER VERLUSTSCHEIN ALS STRAFBARKEITSBEDINGUNG

1. Definitiver Verlustschein

Einmütigkeit herrscht in Lehre und Rechtsprechung darüber, dass die Ausstellung eines definitiven Verlustscheins gemäss Art. 149 SchKG an die Gläubiger nach durchgeführter Verwertung eine den Anforderungen von Art. 164 StGB genügende Strafbarkeitsbedingung darstellt. Dasselbe gilt für den Fall der ergebnislosen Pfändung: Die Pfändungsurkunde bildet bei dieser Sachlage nach der Vorschrift von Art. 115 Abs. 1 SchKG den Verlustschein gemäss Art. 149 SchKG.¹

2. Provisorischer Verlustschein

Zu einigen Diskussionen Anlass gegeben hat das Problem, ob auch einem provisorischen Verlustschein² die Wirkung

1 Schwander, SJK 1128, S. 11; Schwander, S. 373 Ziff. 5; Fehr, S. 136; Müller, S. 8 f.; Haefliger, S. 100; Stratenwerth, BT I, S. 288; Caspar, S. 22; Hafter, BT I, S. 335 Anm. 3; Hafter II, S. 6 Anm. 2; Germann, Verbrechen, S. 295; Thormann/von Overbeck, N. 4 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB; Logoz, N. 1 zu Art. 164 StGB; BGE 74 IV 95; 75 IV 110; 105 IV 321; ZBJV 79 (1943) S. 479; RStrS 1957 Nr. 47; SJZ 45 (1949) S. 155 Nr. 63; ZR 55 (1956) Nr. 37; ZR 43 (1944) Nr. 75

2 Die Pfändungsurkunde dient dem Gläubiger als provisorischer Verlustschein, sofern nach der Schätzung des Beamten nicht genügend Vermögen zur Deckung der Forderung vorhanden ist (Art. 115 Abs. 2 SchKG). Mit dem provisorischen Verlustschein kann der Gläubiger Arrest nehmen (Art. 271 Ziff. 5 SchKG) oder eine Anfechtungsklage anheben (Art. 285 ff. SchKG).

einer gültigen Strafbarkeitsbedingung im Rahmen von Art. 164 StGB zukommen. Dies wird heute in Lehre und Rechtsprechung uneingeschränkt bejaht.¹

Das Bundesgericht stützt sich bei seinem Grundsatzentscheid 74 IV 95 ff. in erster Linie auf die Beratungen der zweiten Expertenkommission und führt aus, das Erfordernis eines tatsächlichen Verlusts der Gläubiger in der Verwertung sei von dieser unter Hinweis auf die sonst bestehende Inkongruenz zwischen Art. 98 und Art. 98ter der damaligen Vorlage fallengelassen worden.² Dieser Schluss kann nun allerdings aus den Materialien m.E. nicht gezogen werden. Vielmehr ergibt sich, dass die Bestrebungen primär dahin gingen, den nach dem Wortlaut von Art. 98ter der Vorlage³ notwendigen Nachweis des

1 Schwander, SJK 1128, S. 11; Schwander, S. 373 Ziff. 5; Müller, S. 8 f.; Haefliger, S. 100; Stratenwerth, BT I, S. 288; Caspar, S. 22; Hafter, BT I, S. 335 Anm. 3; Hafter II, S. 2 Anm. 2; Rehberg, S. 94; BGE 74 IV 95; 75 IV 110; 105 IV 321; ZBJV 79 (1943) S. 479; RStrS 1957 Nr. 47; SJZ 45 (1949) S. 155 Nr. 63; ZR 55 (1956) Nr. 37; PKG 1955 Nr. 33. In BGE 102 IV 175 scheint das Bundesgericht in einer beiläufigen Bemerkung allerdings die Notwendigkeit eines definitiven Verlustscheins zu befürworten.

2 BGE 74 IV 96

3 Art. 98ter: "1. Der der Betreibung auf Pfändung unterliegende Schuldner, der in der Absicht, seine Gläubiger zu schädigen, sein Vermögen vermindert ..., sein Vermögen zum Schein vermindert ..., wird, wenn dadurch ein Gläubiger im Betreibungsverfahren zu Verlust kommt .. ."

In Art. 98 der Vorlage (Betrügerischer Konkurs) fehlte dagegen ein solcher Hinweis auf das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen strafbarer Handlung und Konkurseröffnung; vgl. Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 28 und 30.

Kausalzusammenhangs zwischen strafbarer Handlung und Eintritt eines Verlusts aus der Verwertung des gepfändeten Vermögens wegen der zu erwartenden Beweisschwierigkeiten zu beseitigen.¹ Dass die Expertenkommission die Wendung "im Betreibungsverfahren zu Verlust kommt" in Art. 98ter der Vorlage deswegen durch die Formulierung "wenn gegen den Schuldner ein Verlustschein ausgestellt worden ist" ersetzte, weil sie darauf verzichten wollte, den definitiven Eintritt eines Verlusts zur Voraussetzung einer Bestrafung wegen Pfändungsbetrugs zu machen, kann hingegen den Protokollen nicht entnommen werden. Im Gegenteil: So äusserte z.B. Müller, der den erwähnten Abänderungsantrag eingebracht hatte, die Auffassung, es sei die Ausstellung eines definitiven Verlustscheins

1 Müller (Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 115) beantragte deshalb auch primär die Streichung des den Kausalzusammenhang andeutenden Wortes "dadurch" in Art. 98ter. In dieser Beziehung (kein Erfordernis des Kausalzusammenhangs) wollte Müller Kongruenz zwischen Art. 98 und Art. 98ter der Vorlage herstellen und nicht, wie das Bundesgericht annimmt, mit Bezug auf die Gleichwertigkeit der objektiven Strafbarkeitsbedingungen; vgl. dazu BGE 75 IV 109, wo das Bundesgericht den Ablauf der Beratungen zutreffend darstellt.

erforderlich.¹ Auch andere Voten² weisen eher in die Richtung der Notwendigkeit eines tatsächlichen Verwertungsverlustes als Voraussetzung der Strafbarkeit. Der Gesetzgeber war somit offenbar eher der Meinung, nur ein definitiver Verlustschein gemäss Art. 149 SchKG genüge als Strafbarkeitsbedingung beim Pfändungsbetrug.

Trotz ihres unrichtigen Ansatzes ist der Praxis des Bundesgerichts im Ergebnis zuzustimmen und zwar unter Berücksichtigung des Zwecks der objektiven Strafbarkeitsbedingungen bei den Betreibungs- und Konkursdelikten. Wie sich aus den Expertenberatungen im Zusammenhang mit dem betrügerischen Konkurs nämlich ergibt, wurde mit der Einführung der Konkurseröffnung als Voraussetzung der Strafbarkeit beabsichtigt, schon bei Vorliegen eines bestimmten Gefährdungszustandes³ für die Gläubigerforderungen mit strafrechtlichen Mitteln eingreifen zu können,

1 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 120

2 Hafter und Zürcher in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 111 und S. 114. Diese Votanten wiesen auf die nach Gutheissung des Antrages Müller weiterhin bestehende Inkongruenz zwischen Art. 98 und Art. 98ter hin, wonach beim betrügerischen Konkurs bereits die Konkurseröffnung als Voraussetzung der Strafbarkeit genüge (Verlust der Gläubiger steht noch nicht definitiv fest), während demgegenüber Art. 98ter einen tatsächlichen Verwertungsverlust voraussetze. Beide Votanten waren jedoch bereit, diese Inkongruenz in Kauf zu nehmen, Hafter unter Hinweis auf historische Gesichtspunkte, Zürcher, weil er den mit der Konkurseröffnung für die Gläubiger bestehenden Gefährdungszustand bei der Pfändung erst mit der Ausstellung eines definitiven Verlustscheins als gegeben betrachtete (loc. cit.).

3 Vgl. vorne S. 55

ohne den Eintritt eines Verlusts abwarten zu müssen.¹ Es wäre nun schlechthin nicht zu verstehen und ein Verstoß gegen die Rechtsgleichheit, wenn demgegenüber im völlig gleichgelagerten Fall von betrügerischen Machenschaften vor oder im Pfändungsverfahren die Strafbarkeit vom Vorliegen eines bereits endgültig feststehenden Verlusts abhängig gemacht würde.² Auch hier muss es deshalb richtigerweise bei einer blossen Gefährdung der Gläubigerforderung sein Bewenden haben und eine solche liegt, wie das Bundesgericht zutreffend festgestellt hat, bereits mit der Ausstellung eines provisorischen Verlustscheins vor.³ Das Obergericht des Kantons Solothurn führt zudem mit vollem Recht aus, eine solche Auslegung sprengt den Wortlaut von Art. 164 StGB, in welchem lediglich von der Ausstellung eines "Verlustscheins" die Rede ist, nicht⁴ und gemäss Obergericht des Kantons Luzern ist diese Lösung auch sachlich vertretbar.⁵ Diesen zutreffenden Ueberlegungen des

1 BGE 74 IV 96 weist mit Recht darauf hin, die Tatsache, wonach die Konkurseröffnung nicht notwendigerweise zu Verlustscheinen führe, sei den Experten voll bewusst gewesen. Gleichgültig ist, dass diese Gefährdung vor allem aus der Sicht der Gläubigerinteressen begründet wurde und weniger aus der Sozialschädlichkeit des Verhaltens des Täters; vgl. auch vorne S. 55.

2 Hierfür wäre eine klare Aeusserung des Gesetzgebers bzw. eine ausdrückliche Statuierung im Gesetz nötig.

3 BGE 74 IV 96 f. . Es ist mit einem Verlust zu rechnen, doch steht dessen Betrag noch nicht fest; Fritzsche, Bd. I, S. 268

4 SJZ 45 (1949) S. 155 Nr. 63

5 ZBJV 79 (1943) S. 480

Bundesgerichts und der kantonalen Instanzen hat sich auch die Lehre vorbehaltlos angeschlossen.¹

Festzuhalten bleibt, dass m.E. in all jenen Fällen, in denen ein provisorischer Verlustschein gemäss Art. 115 Abs. 2 SchKG ausgestellt wurde, die Strafverfolgungsbehörden zum Eingreifen verpflichtet sind, sofern nach ihrer Auffassung die übrigen Voraussetzungen von Art. 164 StGB gegeben sind. Es kann keinesfalls in ihrem Ermessen liegen, trotz Ausstellung eines provisorischen Verlustscheins die Eröffnung einer Untersuchung davon abhängig zu machen, ob die Verwertung einen definitiven Verlustschein ergibt, denn dies würde im Ergebnis den Grundsätzen der Rechtsgleichheit widersprechen.²

-
- 1 Vgl. die vorne S. 67 unter Anm. 1 zitierten Autoren. Der von der h.M. abweichende Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich in ZR 43 (1944) Nr. 75 geht demgegenüber ohne nähere Begründung davon aus, das Gesetz verlange den definitiven Eintritt eines Verlusts der Gläubiger. Ein solcher stehe aber erst mit der Ausstellung des definitiven Verlustscheins fest. Wie soeben erwähnt, ist diese Auffassung bereits im Ansatz unrichtig; vgl. vorne S. 67 ff. .
 - 2 Wird trotz Vorliegens eines provisorischen Verlustscheins die Strafverfolgung von der Ausstellung eines definitiven Verlustscheins abhängig gemacht, kommt es jedoch aus irgendwelchen Gründen (kein Verwertungsbegehren, Deckung der Forderung) nicht dazu, so ginge der Täter straffrei aus. Greifen umgekehrt in einem anderen Fall die Strafverfolgungsorgane bereits nach Ausstellung eines provisorischen Verlustscheins ein, so müsste der Täter bestraft werden, selbst dann, wenn in seinem Fall aus denselben Gründen ebenfalls kein definitiver Verlustschein ausgestellt zu werden braucht.

3. Pfandausfallschein

Der in der Betreibung auf Pfandverwertung ausgestellte sogenannte Pfandausfallschein¹ bildet im Rahmen von Art. 164 StGB keine gültige Strafbarkeitsbedingung.² Dies ergibt sich bereits klar aus dem Wortlaut der Bestimmung und entspricht offensichtlich auch dem Willen des Gesetzgebers.³ Beseitigt der Pfandschuldner den in seinem Besitz befindlichen Pfandgegenstand im Hinblick auf eine allfällige Betreibung, so kann Art. 147 StGB zur Anwendung gelangen. Handelt es sich um nicht im Besitz des Schuldners befindliches Vermögen oder um Forderungen, so geht jener grundsätzlich straffrei aus, obwohl der Gläubiger in der Pfandverwertungsbetreibung für seine Forderung nicht gedeckt wird.⁴ Meist wird jedoch der Gläubiger versuchen, die Betreibung auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses weiterzuführen.⁵ Kommt es in dieser zu einem Verlustschein oder zur Konkurseröffnung, so können die Handlungen des Schuldners u.U. gleichwohl nach Art. 163 oder Art. 164 StGB bestraft werden.⁶

1 Art. 158 Abs. 1 SchKG. Er bescheinigt dem Gläubiger, aus dem Erlös des Pfandes nicht gedeckt worden zu sein.

2 Schwander, SJK 1128, S. 11; Caspar, S. 22; Müller, S. 10; Petrzilka, S. 212; Hafter, BT I, S. 335 Anm. 3; Hafter II, S. 2 Anm. 2; Thormann/von Overbeck, N. 4 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB

3 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 120, wo nur der Verlustschein erwähnt wird.

4 Ein entsprechendes Delikt fehlt im StGB.

5 Art. 158 Abs. 2 SchKG

6 Dazu ist vorallem ein Kausalzusammenhang zwischen dem betreffenden Verhalten und dem Nachteil in der Pfändungsbetreibung oder im Konkurs erforderlich, ferner ein entsprechender Vorsatz des Täters.

4. Konkursverlustschein

Dieser wird ausgestellt nach Abschluss des Konkursverfahrens und bezieht sich auf den ungedeckt gebliebenen Betrag der Gläubigerforderung.¹ Er kann im vorliegenden Zusammenhang vernachlässigt werden, da bei betrügerischem Verhalten des Schuldners und nachfolgendem Konkursverfahren ausschliesslich Art. 163 StGB zur Anwendung gelangt, das heisst bereits die Konkurseröffnung den staatlichen Strafanspruch auslöst.²

IV. MAENDEL DES BETREIBUNGS-, PFAENDUNGS- UND KONKURSVERFAHRENS

Mit Bezug auf die Frage, ob eine Konkurseröffnung erfolgt bzw. ein Verlustschein ausgestellt worden sei, ist der Strafrichter nach dem Wortlaut sowie dem Sinn des Gesetzes an die diesbezüglichen Entscheidungen der Betreibungs- und Konkursbehörden gebunden. Sind Betreibungshandlungen oder Betreibungs- und Konkursverfahren, auf welchen die objektiven Strafbarkeitsbedingungen beruhen mit Mängeln behaftet, so ist nach fester Praxis des Bundesgerichts zu differenzieren: Handelt es

1 Art. 265 SchKG

2 Ebenso Schwander, SJK 1128, S. 11; Caspar, S. 22; Thormann/von Overbeck, N. 4 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB; Fehr, S. 136. Allerdings kann der Konkursverlustschein ein Indiz dafür darstellen, dass die Handlungen des Schuldners oder Dritten einen Nachteil für die Gläubiger zur Folge hatten.

sich dabei um leichtere Fehler und Versehen¹, hat aber keine der beteiligten Parteien ein Rechtsmittel ergriffen, so steht es dem Strafrichter nicht zu, Konkurseröffnung bzw. Ausstellung des Verlustscheins im Strafverfahren als ungültig zu qualifizieren.² Diese bestehen vielmehr zu Recht und stellen eine grundsätzlich genügende objektive Strafbarkeitsbedingung gemäss Art. 163 und Art. 164 StGB dar.³ Erfolgt eine Beschwerde gegen eine Verlustscheinsausstellung bzw. gegen die Konkurseröffnung⁴, so fehlt es bis zum Abschluss dieser Rechtsmittelverfahren an einer genügenden Strafbarkeitsbedingung und zwar selbst dann, wenn den Beschwerden keine aufschiebende Wirkung beigelegt wird.⁵

-
- 1 Man spricht von blosser Anfechtbarkeit; Fritzsche, Bd. I, S. 46; Amonn, S. 56
 - 2 BGE 84 IV 15 f.; 89 IV 79; Caspar, S. 22; Stratenwerth, BT I, S. 288 (für den Verlustschein); Schwander, SJK 1128, S. 11; Schwander, S. 373 Nr. 589a Ziff. 3. Man könnte auch sagen, der Strafrichter sei an eine rechtskräftig gewordene Konkurseröffnung bzw. an einen rechtskräftigen Verlustschein gebunden (so auch Caspar, S. 22).
 - 3 Wie umgekehrt die Strafverfolgungsbehörden auch nicht von sich aus tätig werden können, wenn keine Konkursöffnung und keine Ausstellung von Verlustscheinen erfolgt.
 - 4 Art. 17 ff. SchKG und Art. 174 SchKG
 - 5 Art. 36 SchKG; Art. 174 Abs. 2 SchKG; BGE 84 IV 16; Caspar, S. 22; Stratenwerth, BT I, S. 288; RStrS 1952 Nr. 26. Das Bundesgericht führt im erwähnten Entscheid (84 IV 16) zu Recht aus, die Vollstreckbarkeit beeinflusse die Rechtskraft nicht. Die Vollstreckbarkeit sei bei Verweigerung der aufschiebenden Wirkung nur eine vorläufige und falle mit dem aufhebenden Sachentscheid rückwirkend dahin; vgl. auch Fritzsche, Bd. I, S. 47 und Bd. II, S. 13 f.; Amonn, S. 61. Für die Strafverfolgungsbehörden bedeutet dies, dass mit der Anhebung der Untersuchung bzw. mit einem Entscheid (Anklageerhebung oder Sistierung) zuzuwarten ist, bis zum rechtskräftigen Abschluss eines allfälligen Beschwerdeverfahrens, in welchem die Gültigkeit von Konkursöffnung bzw. Verlustscheinsausstellung auf dem Spiel steht.

Anders dann, wenn die Betreibung als Ganzes oder einzelne Betreibungshandlungen gegen zwingende oder im öffentlichen Interesse stehende Vorschriften verstossen, oder wenn dadurch Interesse dritter, am Verfahren nicht beteiligter Personen verletzt werden. Diesfalls liegt ein nichtiger Betreibungsakt vor.¹ Ob Nichtigkeit im Einzelfall gegeben ist, darf und muss der Strafrichter bzw. die Anklagebehörde von Amtes wegen selbst prüfen.² Sind diese Instanzen der Auffassung, es liege eine nichtige Konkurseröffnung vor bzw. die Verlustscheinsausstellung sei nichtig, so darf der Täter wegen Fehlens der objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht bestraft werden und zwar selbst dann nicht, wenn durch die Parteien eine Anfechtung dieser fehlerhaften Betreibungshandlungen auf dem Beschwerdeweg unterblieben ist.³ In jedem Fall ist strikte zu untersuchen, ob die Nichtigkeit einer betreibungs- oder konkursamtlichen Verfügung bzw. anderer Betreibungshandlungen von Parteien oder Aemtern die

1 BGE 89 IV 79; Fritzsche, Bd. II, S. 46; Amonn, S. 55 f.

2 BGE 89 IV 79; Fritzsche, Bd. II, S. 46; Caspar, S. 22; Kunz, S. 15; Rehberg, S. 94; Schwander, S. 373 Nr. 589a Ziff. 3. Es handelt sich hierbei um nichts anderes, als einen allgemeinen Grundsatz jeder Rechtsanwendung.

3 Das Bundesgericht spricht davon, bei Nichtigkeit von Konkurseröffnung oder Verlustscheinsausstellung bzw. deren Aufhebung im Beschwerdeverfahren existiere die Pfändung rechtlich gar nicht (BGE 70 IV 76), der Verlustschein sei nie rechtskräftig geworden und als nicht ausgestellt zu behandeln (BGE 84 IV 16). Caspar, S. 22; Stratenwerth, BT I, S. 288; Kunz, S. 15; Haefliger, S. 98 f.; Schwander, SJK 1128, S. 11; Schwander, S. 373 Nr. 589a Ziff. 3; Rehberg, S. 94. Beispiele nichtiger Betreibungshandlungen, welche auch zum Dahinfallen von Konkurseröffnung/Verlustschein führen, sind in BGE 89 IV 79 f. aufgezählt; vgl. auch Amonn, S. 55.

Unbeachtlichkeit von Konkurseröffnung oder Ausstellung des Verlustscheins nach sich zieht. Vor allem im Laufe eines Konkursverfahrens, aber auch bei der Pfändung oder Verwertung können schwerwiegende Fehler auftreten, welche aber die Gültigkeit des einmal ausgefertigten provisorischen Verlustscheins oder des früher eröffneten Konkurses nicht in Frage stellen, sondern nur die Ungültigkeit der jeweiligen Handlung oder Verfügung bewirken.¹

Fehlt es an einer rechtsgültigen Konkurseröffnung bzw. einem rechtsgültigen Pfändungsverlustschein, sei es infolge Nichtigkeit, sei es wegen Aufhebung durch die Beschwerdeinstanzen, so muss der Täter freigesprochen werden. Entgegen Haeffli² kommt diesfalls nicht einmal Bestrafung wegen untauglichen Versuchs in Betracht, denn die Gültigkeit der Strafbarkeitsbedingungen gemäss Art. 163 und Art. 164 StGB bildet Voraussetzung auch jeder Versuchsbestrafung.³ So unbefriedigend dieses Ergebnis vor dem Verschuldenprinzip auch sein mag, es stellt die unausweichliche Konsequenz der gesetzlichen Konstruktion des StGB dar.

1 Z.B. der bei Fritzsche (Bd. I, S. 46 Anm. 76) erwähnte Fall einer Abtretung an die Gläubiger gemäss Art. 260 SchKG, ohne dass die Mehrheit der Gläubiger zugestimmt hat bzw. dazu angehört wurde. Diesfalls ist sicher nur die Abtretung, nicht aber die Konkurseröffnung als solche ungültig. Die Nichtigkeit der Betreibung als Ganzes bewirkt dagegen stets auch die Nichtigkeit der nachfolgenden Konkurseröffnung oder Verlustscheinsausstellung (BGE 89 IV 79). Dieselben Ueberlegungen sind auch bei der Aufhebung bestimmter Betreibungshandlungen auf dem Beschwerdeweg anzustellen.

2 Haeffli, S. 98 f.

3 Vgl. vorne S. 60

V. KRITISCHE ANMERKUNGEN

1. Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit der subjektivistischen Schuldlehre?

Wie bereits vorne erwähnt ist in der Lehre die Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit der modernen subjektivistischen Schuldlehre kontrovers.¹ Diese dogmatische Frage bildete schon Gegenstand von Diskussionen anlässlich der Beratungen der zweiten Expertenkommission² über betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug, und die gesetzliche Lösung wurde später von einzelnen Autoren unter dem grundsätzlichen Aspekt des Widerspruchs zur modernen Verbrechensauffassung kritisiert.³ Es würde allerdings den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen, auf die allgemeine Problematik objektiver Strafbarkeitsbedingungen näher einzutreten.⁴ An dieser Stelle mag deshalb der blosse Hinweis auf diesen Fragekreis genügen, verbunden mit der Bemerkung, dass die gesetzliche Konstruktion von Art. 163/164 StGB bereits aus diesem Grunde nicht völlig zu überzeugen vermag.⁵

1 Vgl. vorne S. 62.

2 Zürcher in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 398

3 Löffler, S. 80 und 85; Caspar, S. 22

4 Vgl. dazu Baumann, S. 490 f.; Jeschek, S. 451; Maurach, BT I, S. 375 je m.w.H.; Mezger/Blei, AT, S. 101

5 M.E. sollte, wo immer möglich auf die Verwendung objektiver Strafbarkeitsbedingungen verzichtet werden, da diese zu wenig flexibel sind und in der Praxis zu stossenden Ungerechtigkeiten führen können, zumal dann, wenn sie so formuliert sind, dass der Täter auf ihren Eintritt Einfluss zu nehmen vermag.

2. Notwendigkeit der Verwendung objektiver Strafbarkeitsbedingungen im Rahmen von Art. 163/164 StGB?

Bedenken gegen die Einführung objektiver Strafbarkeitsbedingungen beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug ergeben sich auch unter dem Aspekt der Notwendigkeit. Richtig ist an sich, dass das strafbare Verhalten des Täters in den Zusammenhang mit einem Betreibungs- oder Konkursverfahren gebracht werden muss, was selbstverständlich bei der Formulierung der Bestimmungen zu berücksichtigen ist.¹ Allein: Zu diesem Zwecke braucht nicht auf objektive Strafbarkeitsbedingungen zurückgegriffen zu werden, gleichgültig worin der Unrechtsgehalt der Delikte des betrügerischen Konkurses und des Pfändungsbetrugs erblickt wird.²

-
- 1 In diesem Sinne Bolli in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 401. An sich, das heisst ohne den Benachteiligungsvorsatz und die angespannte Finanzlage des Schuldners, ist das Verschleudern von Vermögen strafrechtlich nicht relevant.
 - 2 Als strafwürdig kann der Gesetzgeber bewerten, dass unabhängig von der wirtschaftlichen Situation des Schuldners Handlungen mit dem Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung im Betreibungs- und Konkursverfahren begangen werden, oder aber dass der Schuldner entsprechende Machenschaften mit dem erwähnten Vorsatz bei bereits angespannter Finanzlage vornimmt. Schliesslich könnte auch erst der Eintritt des vom Täter angestrebten Erfolgs (tatsächliche Benachteiligung im Betreibungsverfahren) als strafwürdig qualifiziert werden. In allen diesen Fällen liessen sich aber Formulierungen ohne objektive Strafbarkeitsbedingung finden, unter Zugrundelegung des gegebenen Gesetzeswortlauts beispielsweise durch eine entsprechende Umschreibung des Erfolgs ("... zum Nachteil der Gläubiger in einem Betreibungsverfahren ..."). Bei einer Neufassung der Tatbestände im Sinne eines Tätigkeitsdelikts könnte z.B. der erforderliche Vorsatz entsprechend umschrieben ("... der sein Vermögen tatsächlich oder scheinbar vermindert mit dem Vorsatz, die Gläubiger in einem Betreibungsverfahren zu schädigen ...") und die bereits bestehende Ueberschuldung zum Tatbestandsmerkmal erhoben werden.

Von den Befürwortern der Beibehaltung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen bei Art. 163/164 StGB werden u.a. beweismässige Vorteile ins Feld geführt. So wird etwa argumentiert, bei einer Konkurseröffnung sei es sehr wahrscheinlich, und dürfe auch vermutet werden, dass der Täter bei seinen betrügerischen Machenschaften mit dem Vorsatz der Gläubigerschädigung gehandelt habe.¹ Da dieser Schluss aber schon inhaltlich als wenig einsichtig erscheint² und zudem im Ergebnis auf eine unzulässige Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung zum Nachteil des Täters hinausläuft, kann aus diesen Argumenten nichts Wesentliches für die Einführung bzw. Beibehaltung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen gewonnen werden.³ Gewichtiger erscheint der Hinweis von Caspar⁴, mit der Einführung von Konkurseröffnung und Ausstellung des Verlustscheins als Voraussetzung der Strafbarkeit sei beabsichtigt worden, jene Fälle, in denen der Nachweis der Gläubigerbenachteiligung ohnehin schwierig wäre, zum Vorneherein von einer Bestrafung auszuschliessen. In dieselbe Richtung zielt wohl Kunz⁵, wenn er feststellt, die Beweisschwierigkeiten für die Strafverfolgungsbehörden wären ohne die objektive Straf-

1 Kunz, S. 10 f.

2 Die Tatsache, dass ein Konkurs eröffnet bzw. ein Verlustschein ausgestellt wurde, lässt überhaupt keine brauchbaren Rückschlüsse auf die subjektiven Verhältnisse des Täters im Moment der Tatbegehung zu. Diese Ereignisse bilden - wie Caspar (S. 22) m.E. zu Unrecht annimmt - auch kein Indiz dafür, dass es zu einer strafrechtlich relevanten Gläubigerbenachteiligung und zur Gefährdung von Gläubigerrechten gekommen ist.

3 Für die Statuierung einer derartigen Beweisvermutung besteht im Strafrecht im allgemeinen kein Raum; vgl. Trechsel in SJZ 77 (1981) S. 320.

4 Caspar, S. 22

5 Kunz, S. 11 unten

barkeitsbedingungen der Konkurseröffnung bzw. Verlustscheinsausstellung enorm. In der Tat wäre es ohne diesen äusseren Anlass vom Zufall abhängig, wenn nicht gar praktisch unmöglich, Verstösse gegen Art. 163 und Art. 164 StGB zu verfolgen und zu ahnden, da beim gegebenen Wortlaut des Gesetzes die allfällige Strafbarkeit einer tatsächlichen oder scheinbaren Vermögensverminderung fast ausschliesslich von der entsprechenden Willensrichtung des Schuldners oder Dritten, das heisst von einem inneren Vorgang abhängig ist.¹ Auch die Gläubiger dürften auf das wirtschaftliche Gebaren eines Schuldners erst dann genauer achten und Anzeige erstatten, wenn bereits Zahlungsschwierigkeiten aufgetreten sind, das heisst wenn ein äusserer Anlass den Verdacht auf von Art. 163 und Art. 164 StGB unter Strafe gestellte Machenschaften hervorgerufen hat. Somit können die beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug verwendeten objektiven Strafbarkeitsbedingungen der Konkurseröffnung bzw. der Ausstellung eines Verlustscheins in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden gute Dienste leisten, was jedoch m.E. angesichts der übrigen damit verbundenen Mängel nicht entscheidend für eine Beibehaltung in die Waagschale geworfen werden darf.²

1 Stratenwerth, BT I, S. 285. Dies im Gegensatz zu den meisten anderen Delikten, in welchen die Handlung als solche den möglichen Verstoss gegen einen gesetzlichen Tatbestand bereits manifest macht und die Behörden zum Eingreifen veranlasst. Innere Vorgänge sind dagegen nicht fassbar und können deshalb polizeiliches Eingreifen in der Regel auch nicht auslösen.

2 Vgl. auch hinten S. 86 f. .

Wie bereits erwähnt wird die Verwendung von Konkurs-eröffnung bzw. Ausstellung eines Verlustscheins als objektive Strafbarkeitsbedingungen hauptsächlich damit begründet, diese Ereignisse dokumentierten in rechtsgenügender Weise eine Schädigung oder Gefährdung der geschützten Forderungen von einer Art, welche das Eingreifen des Strafrichters rechtfertigte.¹ Diese Argumentation stellt m.E. das Gläubigerinteresse (Grad der Gefährdung ihrer Forderung als Auslösung für die Entstehung des Strafanspruchs) auf Kosten der persönlichen Vorwerfbarkeit eines bestimmten Verhaltens zu stark in den Vordergrund und vermag deshalb wenig zu überzeugen. Ob es grundsätzlich richtig ist, bei gravierenden Delikten dieser Art² die Strafbarkeit von der Intensität des jeweiligen Interesses einer Privatperson abhängig zu machen, erscheint ohnehin fraglich.³ Ausserdem ist die erwähnte Ueberlegung auch von Inhalt und Formulierung her zu wenig präzise. Sicher dokumentieren Konkurseröffnung und Verlustscheinsausstellung einen bestimmten Gefährdungs- oder Schädigungszustand für die Gläubigerforderungen. Unter strafrechtlichen Gesichtspunkten will dies indessen wenig bedeuten: Wie erwähnt braucht die Eröffnung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens bzw. der Eintritt von Verlusten in der Regel den Strafrichter in keiner Weise zu kümmern und rechtfertigt als solche sein

1 Vgl. die vorne S. 55 unter Anm. 4 und 5 erwähnte Literatur und Rechtsprechung.

2 Die Betreibungs- und Konkursdelikte, zumal Art. 163/164 StGB haben auch ganz beträchtliche volkswirtschaftliche, dh. die Öffentlichkeit betreffende Auswirkungen; vgl. vorne S. 6.

3 Eigentlich wäre es bei dieser Betrachtungsweise logischer, Art. 163 und Art. 164 StGB als Antragsdelikte auszugestalten.

Eingreifen nicht. Dieses ist vielmehr nur dann am Platz, wenn zusätzlich dazu bestimmte vermögensmindernde Handlungen des Schuldners oder Dritter im Vorfeld oder während eines Betreibungs- oder Konkursverfahrens bekannt werden. Die Sozialschädlichkeit dieser Handlungen ist es aber, welche den Strafrichter allein interessieren muss und zu diesem Zweck braucht nicht auf objektive Strafbarkeitsbedingungen zurückgegriffen zu werden.¹

Die Frage nach der Notwendigkeit der Statuierung objektiver Strafbarkeitsbedingungen im Rahmen von Art. 163 und Art. 164 StGB erweist sich somit letztlich vor allem als eine solche rechtspolitischer Natur und kann deshalb an dieser Stelle nicht abschliessend beantwortet werden. Immerhin darf aus heutiger Sicht bezweifelt werden, ob die in der zweiten Expertenkommission vertretene Auffassung, wenn es nicht zur Konkurseröffnung bzw. zur Ausstellung eines Verlustscheins komme habe niemand ein Interesse am Eingreifen des Strafrichters², noch immer Gültigkeit besitzt. M.E. sollte diese erfolgsorientierte Betrachtungsweise im Rahmen einer allfälligen Revision der beiden Bestimmungen auf jeden Fall zugunsten einer differenzierteren, das Täterverschulden stärker berücksichtigenden Sicht der Dinge aufgegeben werden, zumal weder beweismässige noch andere praktische Erfordernisse die Beibehaltung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen zwingend verlangen.³

-
- 1 Wie bereits vorne (S. 78 und 78 Anm. 2) erwähnt, kann jeder denkbare Unrechtsgehalt von betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug ohne objektive Strafbarkeitsbedingungen angemessen zum Ausdruck gebracht werden.
 - 2 Lang in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 396 f. . Bolli (loc. cit., S. 401) spricht davon, erst wenn ein Schaden eingetreten sei, sei die Voraussetzung für eine Bestrafung gegeben. Beide Befürworter argumentieren ausschliesslich aus dem Blickwinkel des Gläubigerinteresses, was heute als überholt erscheint.
 - 3 Vgl. vorne S. 78 ff.

3. Fragwürdigkeit von Formulierung und inhaltlicher Ausgestaltung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen bei Art. 163 und Art. 164 StGB

Die bisher geäußerte Kritik der Lehre an den objektiven Strafbarkeitsbedingungen beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug richtet sich weniger gegen ihre Einführung bzw. Beibehaltung überhaupt, sondern vorwiegend gegen ihre konkrete Formulierung und inhaltliche Ausgestaltung. Als gravierender Mangel wird allgemein die Tatsache empfunden, dass es von Zufälligkeiten bzw. vom Verhalten des Schuldners und von der Einstellung und Risikofreudigkeit der Gläubiger abhängt, ob es überhaupt zur Konkurseröffnung bzw. zur Ausstellung eines Verlustscheins kommt.¹ In der Tat können hieraus erhebliche Rechtsungleichheiten resultieren, und es besteht die Gefahr eines unwürdigen Feilschens um Konkurseröffnung, Fortsetzungs- und Verwertungsbegehren oder Abschluss eines Nachlassvertrags, d.h. letztlich auch um die allfällige Strafbarkeit bestimmter Handlungen des Schuldners.² Als paradox muss auch bezeichnet werden, dass die Gläubiger vielleicht gerade wegen des strafbaren Verhal-

1 Müller, S. 2 f.; Hafter II, S. 1 f.; Haefliger, S. 98; Caspar, S. 21; Hafter, BT I, S. 335; Schmid, Wirtschaftsstraftäter, S. 96; Willi, S. 78; Wach, S. 98

2 Löffler, S. 83. Der gerissene und geschäftsgewandte Schuldner hat bei der jetzigen Formulierung a priori Vorteile gegenüber dem geschäftsunerfahrenen. Ausserdem könnten gerade bei juristischen Personen oder Personengesellschaften fehlbare Organe einer Bestrafung entgehen, da die Gläubiger aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus vielfach an einer Konkurseröffnung über die Gesellschaft nicht interessiert sind, d.h. solche Täter sind gegenüber dem gewöhnlichen Schuldner in der Praxis privilegiert; vgl. Gilliéron, S. 305 ff.; Lerch in Protokoll der Expertenkommission für die Revision des StGB (1950), Band Gesamtkommission, S. 18.

tens des Schuldners oder eines Dritten und der daraus resultierenden Aussichtslosigkeit auf ein Konkurs- oder Verwertungsbegehren, ja auf eine Betreuung überhaupt verzichten.¹ Ueberspitzt ausgedrückt ist es somit u.U. die strafbare Handlung selbst, welche eine Bestrafung des Täters verhindert.

Richtigerweise ist deshalb schon früh² angeregt worden, als Voraussetzung der Strafbarkeit sowohl bei Art. 163 StGB als auch bei Art. 164 StGB ein Moment zu verwenden, dessen Verwirklichung weniger dem Belieben und den Interessen der beteiligten Gläubiger und Schuldner bzw. anderen Zufälligkeiten ausgesetzt ist³. Die Vorschläge gingen meist dahin, in teilweiser Uebereinstimmung mit älteren kantonalen Rechten⁴ auf den Zeitpunkt der tatsächlichen oder scheinbaren Zahlungsunfähigkeit bzw. den Eintritt der Ueberschuldung abzustellen.⁵ Die Vor- teile einer solchen Regelung liegen auf der Hand: Die

1 Caspar, S. 21

2 Protokoll der Expertenkommission für die Revision des StGB (1950), Band Gesamtkommission S. 18, und Gruppe C, I, S. 21 f.; Hafter, BT I, S. 335; Schmid, Wirtschaftsstraftäter, S. 96; Lang in Protokoll der Expertenkommission II, Bd. 2, S. 397

3 Ein vergleichbar grosser Einfluss der Beteiligten sowie der strafbaren Handlung selbst auf die Verwirklichung der objektiven Strafbarkeitsbedingung besteht ansonsten im StGB nicht (vgl. Art. 133, Art. 173, Art. 214, Art. 260 und Art. 263 StGB).

4 Vgl. die Zusammenstellung bei Willi, S. 13 ff. und Lenherr, S. 10 ff.

5 Hafter, BT I, S. 335; Schmid, Wirtschaftsstraftäter, S. 96; Lang in Protokoll der Expertenkommission II, Bd. 2, S. 397; Protokoll der Expertenkommission für die Revision des StGB (1950), Band Gesamtkommission S. 18, und Gruppe C, I, S. 21 f. . Durch die Zahlungseinstellung wird die Zahlungsunfähigkeit manifest, vgl. Fritzsche, Bd. II, S. 31.

erwähnten mannigfaltigen Zufälligkeiten bei der Frage, ob es überhaupt zur Konkurseröffnung oder zur Ausstellung eines Verlustscheins komme, würden wegfallen und blieben ohne Einfluss auf die Strafbarkeit im Einzelfall. Zudem würde dadurch die bisherige nicht restlos überzeugend begründete Inkongruenz¹ zwischen Art. 163 und Art. 164 StGB beseitigt, was ebenfalls wünschenswert wäre.

Nicht zu verkennen ist, dass eine solche Lösung gegenüber dem heutigen Zustand eine zeitliche Vorverschiebung der Grenze der Strafbarkeit bedeuten würde.² Zudem bildet

-
- 1 Beim betrügerischen Konkurs genügt die Konkurseröffnung, während beim Pfändungsbetrug darauf abgestellt wird, ob voraussichtlich ein Verlust eintreten wird (provisorischer Verlustschein) bzw. ob ein Verlust eingetreten ist (definitiver Verlustschein).

Diese Inkongruenz wurde bereits im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten erkannt (vgl. Reichel in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 111 und Bolli, loc. cit., Bd. 2, S. 397). Was zu ihrer Verteidigung vorgebracht wurde, überzeugt wenig. Zürcher (Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 402) hielt es ohne nähere Begründung für richtig, dass in den beiden Fällen auf verschiedene Zeitpunkte abgestellt wird. Später rechtfertigte er diese Lösung mit dem Argument, bei der Konkurseröffnung sei der "Verlust sozusagen festgestellt", während bei der Pfändung "ein solches Moment" erst gegeben sei, wenn ein (definitiver) Verlustschein ausgestellt sei (loc. cit., Bd. 4, S. 114). Ausnahmen sind jedoch auf beide Seiten hin möglich, weshalb das Argument m.E. auf etwas wackligen Füßen steht. Hafer (loc. cit., Bd. 4, S. 111) bejahte die Inkongruenz ebenfalls mit der schlichten Begründung, es sei historisch schon immer so gewesen; vgl. auch vorne S. 69 Anm. 2.

- 2 Ob dies wünschenswert wäre, ist eine rechtspolitische Frage.

die relative Unbestimmtheit der Begriffe "Zahlungsunfähigkeit" bzw. "Ueberschuldung"¹, welche in der praktischen Anwendung durch den Richter zu Unsicherheiten Anlass geben könnte, einen gewissen, wenn auch nicht unüberwindlichen Nachteil. Endlich muss bemerkt werden, dass sich ein Abstellen auf die Zahlungsunfähigkeit oder die Ueberschuldung als strafauslösendes Moment für die Strafverfolgungsbehörden insofern erschwerend auswirken würde, als oftmals nicht in einem amtlichen Betreibungs- oder Konkursverfahren all-fällige vermögensmindernde Handlungen des Schuldners bekannt werden und - sei es vom Betreibungs- oder Konkursamt, sei es vom Gläubiger - angezeigt werden können, was jedoch angesichts der übrigen Vorteile in Kauf zu nehmen wäre.² Sofern an der Zweiteilung der Tatbestände festgehalten wird, wäre es zudem erforderlich, auch Anpassungen im übrigen Wortlaut der Bestimmungen vorzunehmen, damit im konkreten Einzelfall entschieden werden kann, welche der beiden Bestimmungen zur Anwendung gelangt.

-
- 1 Bezüglich des Begriffs "Zahlungsunfähigkeit" kann auf die ältere kantonale Praxis sowie auf die Art. 165 und Art. 167 StGB zurückgegriffen werden. Auch das deutsche Recht verwendet diesen Terminus in § 283 StGB: vgl. die Definition bei Schönke/Schröder, N. 52 zu § 283 StGB; Fritzsche, Bd. II, S. 31; neuerdings: BGE 104 IV 82 f. . Die Begriffe "Ueberschuldung" und "Zahlungsunfähigkeit" decken sich nicht. Ueberschuldung schliesst Zahlungsunfähigkeit nicht aus und bei Zahlungsunfähigkeit braucht nicht unbedingt Ueberschuldung zu bestehen; vgl. Schönke/Schröder, N. 52 zu § 283 StGB. Auf welches Moment abzustellen ist, ist eine rechtspolitische Frage.
 - 2 Strafrechtlich relevant wären betrügerische Machenschaften ja auch dann, wenn kein Betreibungs- oder Konkursverfahren eröffnet würde. Die Strafverfolgungsbehörden stünden aber vor einer aussichtslosen Situation, sofern nicht einem Gläubiger eine vermögensmindernde Handlung bekannt würde und er Anzeige erhebt. Wiederum hat jedoch der Gläubiger u.U. kein Interesse, einen Strafantrag zu stellen.

Eine weitere Möglichkeit, gewisse Unstimmigkeiten der geltenden gesetzlichen Regelung mit Bezug auf die objektiven Strafbarkeitsbedingungen auszuschalten, bestünde darin, die Stellung eines Gesuchs um einen Nachlassvertrag als gleichwertige Strafbarkeitsbedingung neben die Konkurs-eröffnung zu stellen.¹ Verbessert würde die Situation dadurch allerdings nur dann, wenn tatsächlich ein solches Gesuch gestellt wird und es nachher zum Abschluss eines Nachlassvertrags kommt.² Ist dies nicht der Fall, so müsste wiederum auf die Konkurs-eröffnung als objektive Strafbarkeitsbedingung zurückgegriffen werden und die damit zusammenhängenden Probleme blieben im Endeffekt ungelöst.

-
- 1 Lang in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 397; Gilliéron, S. 308. Es könnte dann trotz fehlender Konkurs-eröffnung bestraft werden.
 - 2 Es ist auch nicht zu übersehen, dass es wiederum von verschiedenen Interessen und Zufällen abhängig ist, ob der Schuldner ein solches Gesuch stellt. Er wüsste zudem, dass er sich damit der Strafbarkeit aussetzt und würde deshalb darauf wenn immer möglich verzichten, was allenfalls aus wirtschaftlichen Gründen unerwünscht wäre. Mit diesem Vorschlag würde zudem nur eine Verbesserung bei Art. 163, nicht aber bei Art. 164 StGB erreicht.

H. TATBESTANDSMAESSIGKEIT

I. DIE OBJEKTIVEN TATBESTANDSELEMENTE VON ART. 163 UND ART. 164 StGB

1. Der Täter

1.1. Der Schuldner als Täter bei Art. 163 und Art. 164 StGB

Sowohl beim betrügerischen Konkurs als auch beim Pfändungsbetrug kommt nach dem Gesetzeswortlaut als Täter primär¹ der "Schuldner" in Betracht. Dabei genügt es nach übereinstimmender Auffassung² allerdings nicht, dass jemand in einem Betreibungsverfahren formell als Schuldner figuriert. Vorausgesetzt wird vielmehr das effektive Vorhandensein mindestens einer Forderung, welche gemäss SchKG in Betreibung gesetzt werden kann.³

1 Ueber die Tatbegehung durch Dritte (Art. 163 Ziff. 2 und Art. 164 Ziff. 2 StGB) vgl. hinten S. 94 ff. .

2 Schwander, SJK 1128, S. 3; Haefliger, S. 103; Lenherr, S. 61 und S. 63; Caspar, S. 13; SJZ 45 (1949) S. 155 Nr.63

3 Gemäss Art. 38 Abs. 1 SchKG fällt unter dieses Gesetz lediglich die Zwangsvollstreckung für Geldzahlungen und Sicherheitsleistungen. Zwar können am Konkursverfahren auch nicht auf Geldzahlung gerichtete Forderungen teilnehmen (Art. 211 Abs. SchKG; Fritzsche, Bd. II, S. 65 f.). Aber auch in jenem Fall ist das Vorhandensein mindestens einer gemäss SchKG betreibungsfähigen Forderung vorausgesetzt, da es sonst gar nicht zur Konkurseröffnung kommen könnte. Die Richtigkeit obiger Feststellung wird demnach durch Art. 211 Abs. 1 SchKG nicht in Frage gestellt, denn ohne Vorliegen einer solchen Forderung könnte sich die Handlung des Täters nicht nachteilig auf ein Zwangsvollstreckungsverfahren auswirken.

Die hierfür in Literatur und Rechtsprechung jeweils angeführte Begründung ist m.E. jedoch vielfach zu unpräzise und vermag nicht restlos zu überzeugen. Nicht darum, weil dem Gläubiger bei Fehlen einer gemäss SchKG in Betreibung zu setzenden Forderung kein Nachteil entsteht, entfällt m.E. die Anwendung von Art. 163 und Art. 164 StGB¹, sondern deshalb, weil überhaupt kein Schuldner und damit auch kein tauglicher Täter vorhanden ist, wenn keine Forderung existiert. Würde lediglich auf die formelle Schuldner-eigenschaft abgestellt, so müsste nach der Konkurseröffnung oder der Ausstellung des (provisorischen) Verlustscheins wegen Versuchs, allenfalls untauglichen Versuchs bestraft werden, obwohl sich später herausstellt, dass im Zeitpunkt der Handlung überhaupt keine Forderung existierte. Dies ist unhaltbar, da bei einer derartigen Sachlage überhaupt kein Delikt vorliegen kann.² Anders bei der Tatbegehung durch einen Dritten: Vermindert dieser das Vermögen eines vermeintlichen Schuldners, so fehlt es nicht an einem tauglichen Täter, sondern an einem anderen Tatbestandsmerkmal; Versuchsbestrafung ist deshalb grundsätzlich möglich.³ Zu beachten ist, dass das Vorhandensein irgendeiner Geldforderung im Zeitpunkt der Handlung des Täters genügt, um die Schuldner-eigenschaft einer Person zu begründen. Ob sich dieser Gläubiger an der späteren Zwangsvollstreckung beteiligt und in dieser benachteiligt wird, hat hingegen keinen Einfluss auf die Frage der Täterschaft.⁴

1 So SJZ 45 (1949) S. 155 Nr. 63; Schwander, SJK 1128, S. 3; Kunz, S. 87

2 Hauser/Rehberg (S. 68 f.) sprechen in diesem Zusammenhang vom Vorliegen eines Putativdelikts. Diese dogmatische Behandlungsweise ist in der Lehre allerdings umstritten: Jeschek, S. 433 f.; vgl. auch Schultz, AT I, S. 167 und hinten S. 192.

3 Vgl. hinten S. 192 Anm. 3

4 Zu den diesbezüglichen Folgen vgl. hinten S. 192.

Zu beachten ist, dass auch nach der Konkurseröffnung bzw. der Ausstellung eines Verlustscheins dem Schuldner die Möglichkeit verbleibt, mit einer Klage gemäss Art. 86 SchKG und Art. 187 SchKG (Rückforderungsklage) innert eines Jahres seit der Zahlung die Rückleistung des bezahlten Betrages zu erwirken, sofern er den Nachweis der Bezahlung einer Nichtschuld erbringt.¹ Falls der Schuldner mit einer solchen Klage durchdringt und dabei festgestellt wird, dass die Forderung bereits im Zeitpunkt der vermögensmindernden Handlungen des Täters nicht bestanden hatte, wäre eine bereits eingetretene Verurteilung des Schuldners wegen betrügerischen Konkurses oder Pfändungsbetrugs allenfalls zu Unrecht erfolgt.² Für eine Korrektur wäre diesfalls der Weg der Revision des Urteils zu beschreiten. Ist schon während des Strafverfahrens eine Rückforderungsklage pendent, empfiehlt es sich wenn immer möglich, dieses bis zum Abschluss des Zivilprozesses zu sistieren.³

1 Näheres zu dieser Klage bei Fritzsche, Bd. I, S. 157 ff. und Amonn, S. 139 ff. . Die Rückforderungsklage ist aus prozessualen Gründen ausgeschlossen, wenn vorher über den Bestand der strittigen Forderung im ordentlichen Prozess (auch Aberkennungsklage) rechtskräftig entschieden worden ist.

2 Konkurseröffnung bzw. Verlustscheinausstellung fallen zwar nicht nachträglich als ungültig dahin. Hingegen wird offensichtlich, dass es dem Täter an der erforderlichen Schuldnerqualität und damit an einem Tatbestandsmerkmal von Art. 163/164 StGB fehlte.

3 SJZ 45 (1949) S. 155 Nr. 63; kritisch: Kunz, S. 88; vgl. vorne S. 74 Anm. 5

Gegenstand ausführlicher Erörterungen in Lehre und Rechtsprechung bildet das für die Abgrenzung¹ von Art. 163 und Art. 164 StGB zentrale Problem, ob darauf abzustellen sei, welcher Zwangsvollstreckungsart der jeweilige Täter grundsätzlich unterliegt oder aber darauf, welche Art der Vollstreckung gegen ihn tatsächlich durchgeführt wurde. Ausgangspunkt für diese Unsicherheiten² ist der Umstand, dass in Art. 190 Ziff. 1 SchKG und Art. 191 SchKG Fälle geregelt sind, in welchen auch gegen einen grundsätzlich der Pfändungsbetreibung unterliegenden Schuldner der Konkurs eröffnet wird. Umgekehrt erfolgen Betreibungen für Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte auch gegen gemäss Art. 39 SchKG grundsätzlich der Konkursbetreibung unterliegende Schuldner im Wege der Pfändung oder Pfandverwertung.³ Nach dem Wortlaut von Art.

-
- 1 Die Abgrenzung zwischen Art. 163 und Art. 164 StGB hat allerdings für den Täter praktisch keine Bedeutung, da beide Bestimmungen dieselben Strafdrohungen enthalten. Wichtiger ist sie bei Art. 165 StGB, wegen der Frage, ob ein Strafantrag erforderlich sei oder nicht.
 - 2 Vgl. dazu schon Löffler, S. 83. Dieser nimmt im Gegensatz zur heutigen Praxis unter Hinweis auf die Materialien an, es komme nicht auf das eingeschlagene Verfahren, sondern auf die Person des Schuldners an. Einige andere Autoren scheinen diese Auffassung ebenfalls zu teilen, indem sie ausführen, als Täter gemäss Art. 163 StGB komme lediglich der konkursfähige Schuldner in Frage; vgl. Hafter, BT I, S. 334; Stratenwerth, BT I, S. 283 f.; Kunz, S. 18; Petrzilka, S. 210; Hafter I, S. 390; Hafter II, S. 1; Müller, S. 2; Logoz, N. 1 zu Art. 163 StGB; Rehberg, S. 91; Stieger, S. 155. Diese Einschränkung ist m.E. überflüssig, da gemäss SchKG über jedermann der Konkurs eröffnet werden kann.
 - 3 Vgl. dazu die Art. 190 und 191 SchKG (Konkurseröffnung auch gegen Personen, welche der Pfändungsbetreibung unterliegen) sowie Art. 43 SchKG (Betreibung für Leistungen aus öffentlichem Recht erfolgen im Wege der Pfändung).

163 StGB kommt als Täter beim betrügerischen Konkurs in Betracht der Schuldner, über welchen der Konkurs eröffnet worden ist, bei Art. 164 StGB hingegen der der "Betreibung auf Pfändung unterliegende Schuldner", wenn gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist.¹ Vorallem die Formulierung von Art. 164 StGB ist es, welche die Vermutung nahelegen könnte, es sei darauf abzustellen, welcher Zwangsvollstreckungsart eine Person grundsätzlich unterliegt, doch schliesst sich sofort die Frage an, was geschieht, wenn im konkreten Einzelfall eine der oben erwähnten Ausnahmebestimmungen zum Zuge kommt.

Die aufgezeigten Unebenheiten der gesetzlichen Konstruktion bieten heute allerdings bei der praktischen Anwendung von Art. 163 und Art. 164 StGB keine Probleme mehr. In seltener Einmütigkeit haben Lehre² und Praxis³ zu Recht⁴ den Standpunkt eingenommen, es sei - entgegen dem Wortlaut von Art. 164 StGB - bei der Frage, welche Bestimmung anzuwen-

-
- 1 Es ergeben sich diesbezüglich auch Abweichungen zwischen dem deutschen, italienischen und französischen Text des StGB, sowohl bei Art. 163/164 StGB als auch im Verhältnis zu Art. 165 StGB.
 - 2 Caspar, S. 14 f.; Schwander, SJK 1128, S. 2 f.; Haefliger, S. 99 f.; Thormann/von Overbeck, N. 2 zu Art. 164 StGB, N. 2 zu Art. 163 StGB; Hafer, BT I, S. 330 f.; Dressler, S. 529 ff.; Schwander, S. 375 Nr. 590a Ziff. 4; Kunz, S. 18 ff.; Stratenwerth, BT I, S. 287 f.; Fehr, S. 136; Hafer II, S. 1 f.
 - 3 BGE 81 IV 30 f.; RStrS 1954 Nr. 41; RStrS 1954 Nr. 215 (= BJM 1954 S. 118 ff.); SJZ 58 (1962) S. 216; SJZ 42 (1946) S. 364; SJZ 50 (1954) S. 145. Vgl. zur Judikatur auch Müller, S. 6 ff..
 - 4 A.M. nur ZR 45 (1946) Nr. 63. Für die herrschende Auffassung sprechen aber schon die unsinnigen Resultate, die sich bei anderer Auslegung ergeben würden; BGE 81 IV 31; Caspar, S. 15; Haefliger, S. 100; Zürcher, Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 113.

den ist, einzig darauf abzustellen, welches Zwangsvollstreckungsverfahren gegen einen Schuldner tatsächlich durchgeführt worden ist. Möglicher Täter ist demgemäss in beiden Fällen der Schuldner¹, während über die Abgrenzung zwischen Art. 163 und Art. 164 StGB allein entscheidet, welche objektive Strafbarkeitsbedingung in concreto verwirklicht wurde.² Es wäre allerdings Aufgabe einer zukünftigen Revision bei Festhalten an zwei Tatbeständen den Wortlaut von Art. 164 StGB entsprechend der herrschenden Auffassung an denjenigen von Art. 163 StGB anzupassen.³

Hingewiesen sei zum Schluss darauf, dass der Schuldner die Tat auch durch Unterlassung begehen kann, sofern er rechtlich dazu verpflichtet war, die mit Strafe bedrohte Gefährdung des geschützten Rechtsguts zu verhindern. Es muss ihn eine Garantenstellung treffen.⁴ Der Schuldner untersteht aufgrund der Bestimmungen des SchKG einer umfassenden Mitwirkungs- und Auskunftspflicht⁵, insbesondere hat er

1 Vgl. dazu vorne S. 88 f.

2 Schwander, S. 375 Nr. 590a Ziff. 4

3 Vgl. die Vorschläge von Caspar, S. 16. Wird eine Pfändungsbetreibung in eine Konkursbetreibung umgewandelt (Art. 190 Ziff. 1 SchKG; Art. 191 SchKG), so ist Art. 163 StGB anwendbar (Schwander, SJK 1128, S. 3 oben und Zürcher in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 113).

4 Zum Begriff der Garantenstellung und zum unechten Unterlassungsdelikt im allgemeinen vgl. Meyer, S. 144 ff.; Hauser/Rehberg, S. 133 ff.; Schultz, AT I, S. 118 f.; Schwander, S. 78; Baumann, S. 248 ff.

5 Zum Umfang der Auskunftspflicht des Schuldners vgl. hinten S. 157 f.;

Zur Auskunftspflicht und Garantenstellung des Dritten vgl. hinten S. 98 ff. .

sämtliche¹ ihm gehörenden Vermögenswerte anzugeben und zwar auch solche, die sich nicht in seinem Gewahrsam befinden.² Missachtet er diese ihm auferlegten gesetzlichen Pflichten, indem er trotz entsprechender Aufforderung durch die zuständigen Zwangsvollstreckungsorgane völlig passiv bleibt oder schweigt, so liegt darin ein Verstoß gegen die ihm mit Bezug auf das geschützte Rechtsgut obliegende Garantenpflicht.³

1.2. Der Dritte als Täter (Art. 163 Ziff. 2 und Art. 164 Ziff. 2 StGB)

Ziff. 2 von Art. 163 und Art. 164 StGB erklären als strafbar den Dritten, der eine solche⁴ Handlung zum Nachteil der Gläubiger⁵ vornimmt, wenn über den Schuldner der Konkurs eröffnet bzw. gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt

-
- 1 M.E. sind sämtliche Vermögenswerte auch bei der Pfändung anzugeben. Vgl. zu dieser Streitfrage in der Lehre hinten S. 157 f. .
 - 2 Art. 91 SchKG; Art. 222 SchKG; Amonn, S. 152 und 325; Fritzsche, Bd. I, S. 165. Die Auskunftspflicht des Schuldners geht einem allfälligen Berufsgeheimnis vor; vgl. hinten S. 99 Anm. 2.
 - 3 Die Auskunftspflicht des Schuldners dient, wie diejenige des Dritten, dem Schutz desselben Rechtsguts wie Art. 163 und Art. 164 StGB, nämlich den Geldforderungen der Gläubiger; vgl. dazu auch hinten S. 100. Zur Tatbegehung durch Unterlassung vgl. auch hinten S.159 f., 161 f. und 163.
 - 4 Gemeint sind offensichtlich Handlungen gemäss Art. 163 und Art. 164 je Ziff. 1 Abs. 2 und 3 StGB.
 - 5 Es handelt sich hier nicht um die Gläubiger des Dritten, sondern diejenigen des Schuldners.

wurde. Da Ziff. 1 von Art. 163 und Art. 164 StGB als Täter nur den Schuldner ins Recht fassen, müsste ohne die Ziffern 2 ein Aussenstehender, welcher betrügerische Handlungen, sei es im eigenen Interesse, sei es in demjenigen des Schuldners begeht, straflos bleiben, sofern nicht eine Bestrafung wegen Teilnahme an dem vom Schuldner verübten Delikt in Frage kommt.¹ Damit ist klargestellt, dass Art. 163 Ziff. 2 und Art. 164 Ziff. 2 StGB in erster Linie jene Fälle erfassen, in denen der Dritte die Tat als Haupttäter und nicht als blosser Anstifter oder Gehilfe des Schuldners begeht.²

Kontroverse Ansichten gibt es zum Problem, welche Personen als Dritte gemäss Ziff. 2 von Art. 163 und Art. 164 StGB zu qualifizieren sind. Uebereinstimmung herrscht insofern, als darunter grundsätzlich alle vom Schuldner verschiedenen Rechtssubjekte wie Hausgenossen, Angehörige, Nachbarn oder Freunde verstanden werden, gleichgültig ob sie pfändbares Vermögen in ihrem Gewahrsam haben oder nicht.³ Fraglich ist, ob ein Gläubiger als Dritter und damit als Täter gemäss Art. 163 Ziff. 2 und Art. 164 Ziff. 2 StGB in Frage komme. Bejaht wird dies sowohl vom Strafgericht als auch vom Obergericht des Kantons Baselland⁴ und daran anschliessend

1 Kunz, S. 30; Lenherr, S. 38; Corrodi, S. 49; Zürcher, Erläuterungen, S. 175; Logoz in Sten Bull Sonderausgabe NR S. 361

2 Caspar, S. 16. Ueber die heiklen Abgrenzungsfragen zwischen Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und Teilnahme sowie das Problem, in welchen Fällen Ziff. 1 oder Ziff. 2 von Art. 163 und Art. 164 StGB zur Anwendung gelangen vgl. hinten S. 204 ff. .

3 Schwander, SJK 1128, S. 4 f.; Caspar, S. 16; Hafter, BT I, S. 345; Kunz, S. 30; Thormann/von Overbeck, N. 12 zu Art. 163 StGB

4 SJZ 62 (1966) S. 234 f. Nr. 145

offenbar auch von Caspar¹, während andere Autoren² durchwegs ohne nähere Begründung m.E. zu Unrecht einen abweichenden Standpunkt einnehmen. Zu beachten ist allerdings, dass eine Selbstschädigung strafrechtlich grundsätzlich nicht von Belang sein kann und im allgemeinen keine Bestrafung nach sich zieht, es sei denn, dadurch würden auch fremde Rechtsgüter betroffen.³ Diese Feststellung muss auch im vorliegenden Zusammenhang zu einer differenzierten Betrachtungsweise Anlass geben. Beteiligt sich einzig derjenige Gläubiger am Betreibungs- oder Konkursverfahren⁴, welcher die strafbare Handlung gemäss Art. 163/164 StGB begeht, so wirkt sich ein allfälliger Nachteil nur gegen ihn selbst aus, weshalb er nach den allgemeinen Grundsätzen als Täter ausscheidet.⁵ Anders dann, wenn ausser dem die vermögensvermindernde Handlung vornehmenden, weitere Gläubiger an einem Betreibungs- oder Konkursverfahren teilnehmen. Wie Strafgericht und Obergericht Baselland zu Recht aus-

1 Caspar, S. 16 Anm. 17

2 Thormann/von Overbeck, N. 12 zu Art. 163 StGB; Logoz, N. 2 zu Art. 163 StGB; Kunz, S. 30

3 Schultz, AT I, S. 156

4 Entweder, weil er der einzige Gläubiger ist oder - im Falle der Pfändungsbetreibung - sich niemand seiner Betreibung anschliesst. Damit ist gleichzeitig angetönt, dass eine ausschliesslich den betreibenden Gläubiger schädigende Handlung nur bei Art. 164 StGB überhaupt vorkommen kann.

5 Hinweise dafür, dass vom Gesetzgeber eine andere Lösung angestrebt worden wäre, finden sich nicht. Angesichts des Ausnahmecharakters einer solchen wäre wohl eine ausdrückliche Festlegung im Gesetz selbst nötig gewesen. Ein Gläubiger, welcher als Dritter ausschliesslich sich selbst benachteiligt, begeht unter dem Gesichtspunkt von Art. 163/164 StGB ein blosses Putativdelikt. Allenfalls kommen andere Delikte wie Sachentziehung, Veruntreuung, Sachbeschädigung usw. in Betracht.

führen¹ gefährdet oder verletzt der Gläubiger bei dieser Sachlage durch sein Tun auch die Forderungsrechte der übrigen Gläubiger, weshalb er bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen als Dritter gemäss Ziff. 2 von Art. 163 und Art. 164 StGB bestraft werden kann.²

Verschiedene Ansichten werden in der Lehre schliesslich vertreten mit Bezug auf die Subsumierung des Vertreters des Schuldners. Insbesondere Schwander³ verfiicht die Auffassung, dieser sei dem Schuldner gleichzustellen und damit der Ziffer 1 von Art. 163/164 StGB mit der entsprechend höheren Strafdrohung zu unterwerfen.⁴ Mit gutem Grund ist indessen dieser Auffassung Opposition erwachsen.⁵ Gemäss klarem Gesetzeswortlaut erfassen Art. 163 Ziff. 1 und Art. 164 Ziff. 1 StGB lediglich den Schuldner selbst und eine Ausdehnung dieser schärferen Strafbestimmung auf Personen, welche keine Schuldnerqualität aufweisen, dürfte

1 SJZ 62 (1966) S. 234 Nr. 145

2 Wie das Strafgericht Baselland (loc. cit.) mit Recht bemerkt wäre sonst nicht verständlich, den anstiftenden Gläubiger wegen Teilnahme gemäss Art. 167 StGB (Gläubigerbevorzugung) zu bestrafen, die u.U. eigenmächtige Eigenbevorzugung im Sinne einer strafbaren Handlung gemäss Art. 163/164 Ziff. 2 StGB jedoch nicht. Auch der Wortlaut spricht nicht gegen diese Auslegung: "Dritter" ist lediglich als Abgrenzung zum Begriff "Schuldner" zu verstehen.

3 Schwander, SJK 1128, S. 4. Gemeint sind sowohl allgemeine als auch spezifische Vertreter für das Betreibungs- oder Konkursverfahren, gleichgültig ob das Mandat auf Gesetz oder Vertrag beruht.

4 Noch bedeutsamer als im vorliegenden Zusammenhang ist die Frage bei Art. 165 StGB, wo damit über die Strafbarkeit überhaupt entschieden wird.

5 Caspar, S. 16 f.; Kunz, S. 32; SJZ 52 (1956) S. 111 Nr. 53

auf dem Wege der Auslegung kaum zulässig sein.¹ Zwar ist einzuräumen, dass bei dieser Interpretation der Vertreter, sofern er als Mittäter und eigentlicher Drahtzieher fungiert, im Vergleich zum Schuldner im Ergebnis zu günstig dastehen kann, doch handelt es sich dabei um eine unvermeidliche Folge aus der gesetzlichen Konstruktion von Art. 163 Ziff. 1 und Art. 164 Ziff. 1 StGB als Sonderdelikte des Schuldners.²

Ein letztes Problem in diesem Zusammenhang betrifft die mögliche Tatbegehung Dritter durch Verheimlichen. Praktisch geht es hierbei um Fälle des Verschweigens oder Nichtangebens bestimmter Vermögenswerte des Schuldners, wie Sachen, Forderungen oder immateriellen Rechten durch den Dritten. Das Bundesgericht³ hat sich auf den Standpunkt gestellt, eine Drittperson⁴ könne in solchen Fällen dann als Täter in Frage kommen, wenn für sie eine Auskunftspflicht bestanden habe, was nach Gesetz und Praxis nur dann der Fall sei, wenn der Dritte Sachen des Schuldners besitze und von den Betreibungs- oder Konkursbehörden zur Angabe aufgefordert worden sei. Gemäss Art. 232 Ziff. 4 SchKG trifft im Kon-

1 Caspar, S. 16 f.; SJZ 52 (1956) S. 111 Nr. 53. Schwander (SJK 1128, S. 4) begründet seine Ansicht damit, Art. 172 StGB stelle den Beauftragten den gesetzlichen und statutarischen Organen der Gesellschaft gleich. Gerade die ausdrückliche Erwähnung des Beauftragten bei Art. 172 StGB legt aber den Schluss nahe, dass eine Erweiterung auf dem Wege der Auslegung bei Art. 163/164 StGB nicht zulässig sein kann. Nichts ableiten kann Schwander für seine Auffassung aus BGE 70 IV 77: Dieser Entscheid befasst sich nicht mit der Subsumtion des Vertreters unter Ziff. 1 oder Ziff. 2 von Art. 163/164 StGB, sondern mit dem Problem, ob in jenem Fall der Vertreter überhaupt als Täter in Betracht kommt. Im übrigen lässt das Bundesgericht durchblicken, es würde diesen nach Ziff. 2 bestrafen.

2 Vgl. dazu hinten S. 204 ff. . Nur den Schuldner persönlich trifft die besondere Rechtspflicht im Verhältnis zum Gläubiger. Die höhere Strafe ihm gegenüber ist somit vertretbar.

3 BGE 70 IV 77

4 Dasselbe gilt für den Schuldner selbst: ohne Auskunftspflicht ist eine Tatbegehung durch Verheimlichen nicht denkbar; vgl. dazu hinten S. 153 Anm. 2 und S. 156.

kursverfahren denjenigen, der Sachen des Schuldners als Pfandgläubiger oder aus anderen Gründen besitzt, die Pflicht, diese auf Aufforderung hin dem Konkursamt zur Verfügung zu stellen. Ferner haben sich die Schuldner des Gemeinschuldners innert Frist bei den Betreibungs- und Konkursbehörden zu melden.¹ Die Rechtsprechung hat diese Vorschriften in analoger und sinngemässer Weise auch für das Pfändungsverfahren als anwendbar erklärt.² Für Drittpersonen, welche die erwähnten Anforderungen erfüllen, steht mithin das Vorhandensein einer Auskunftspflicht im Verhältnis zu den Zwangsvollstreckungsorganen ausser Frage, weshalb sie die Tat auch durch Abgabe falscher Erklärungen, das heisst durch Verheimlichen begehen können.³ Diese Möglichkeit entfällt hingegen bei Dritten, welche nicht durch die Vorschriften von Art. 232 Ziff. 2 und Ziff. 4 SchKG erfasst werden.

Durch Unterlassung, das heisst durch reines Schweigen oder durch völlige Passivität können Dritte die Tat nur dann begehen, wenn sie im einzelnen Fall rechtlich dazu verpflichtet sind, die mit Strafe bedrohte Gefährdung des geschützten Rechtsguts zu verhindern, das heisst wenn ihnen

1 Art. 232 Ziff. 2 SchKG

2 BGE 51 III 39; 92 III 42; 103 III 91; Fritzsche, Bd. I, S. 171 f. und S. 143; Amonn, S. 152, 329 und 379; Jaeger, N. 5 zu Art. 91 SchKG; Jaeger Carl/Daeniker Martha, Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911 - 1945, Bd. I, Zürich 1947, N. 5a zu Art. 91 SchKG.

Besonders hingewiesen sei auf den Umstand, dass diese Auskunftspflicht einem allfälligen Berufsgeheimnis vorgeht; vgl. Fritzsche und Amonn, loc. cit., je m.w.H. .

3 Zur Tatbegehung durch Verheimlichen vgl. hinten S.153 ff. .

eine Garantenstellung zukommt.¹ Eine solche ist dann gegeben, wenn das ausserstrafrechtliche Handlungsgebot aus den gleichen Motiven und zum Schutze des nämlichen Rechtsguts aufgestellt worden ist, wie der in Frage stehende Straftatbestand selbst. Ausserdem muss die Unterlassung der im betreffenden Tatbestand vorgesehenen positiven Handlung an Unrechtsgehalt und im Mass des Schuldvorwurfs gleichwertig sein.² Eigentlicher Sinn für die Aufnahme der erwähnten Auskunftspflicht Dritter in das SchKG dürfte das Bestreben gewesen sein, im Interesse der Gläubiger den lückenlosen Einbezug der vorhandenen Vermögenswerte des Schuldners in das Betreibungs- oder Konkursverfahren zu ermöglichen, um auf diesem Wege die bestehenden Forderungen voll oder wenigstens entsprechend den tatsächlich vorhandenen Werten maximal zu tilgen.³ Die Auskunftspflicht dient somit im Ergebnis dem Schutz desselben Rechtsguts wie Art. 163 und Art. 164 StGB, nämlich demjenigen der Geldforderungen der Gläubiger.⁴ Mit der Nichtbeachtung der

- 1 Da Art. 163/164 StGB keine Umschreibung der Voraussetzungen enthalten, unter welchen eine Handlungspflicht entsteht, geht es grundsätzlich um die Frage, ob ein unechtes Unterlassungsdelikt vorliegt (gleicher Ansicht Stratenwerth, BT I, S. 289). Für die Rechtspflicht ist mithin auf ausserstrafrechtliche Normen zurückzugreifen.
- 2 Meyer, S. 144 ff. (insbesondere S. 145, 148 und 158 ff.); Hauser/Rehberg, S. 134 und 136; Schultz, AT I, S. 118; Schwander, S. 78; Baumann, S. 248 ff.
- 3 Die entsprechenden Pflichten tangieren zwar vordergründig das Verfahren, doch erschöpft sich ihr Zweck offensichtlich nicht im Schutz dieses Verfahrens, sondern er besteht darin, das vorhandene Vermögen im Interesse der Gläubiger vollständig zu erfassen.
- 4 Mit der Auskunftspflicht Dritter gemäss SchKG soll verhindert werden, dass die Geldforderungen deshalb verletzt werden, weil das verfügbare Vermögen nicht vollständig ins Vollstreckungsverfahren einbezogen wird. Zum geschützten Rechtsgut vgl. vorne S. 42 ff. .

ihm vom SchKG auferlegten Pflicht, in seinem Besitz befindliche Vermögenswerte des Schuldners bzw. die gegen ihn bestehenden Forderungen auf entsprechende amtliche Aufforderung hin anzugeben, verletzt der Dritte nicht nur Verfahrensvorschriften, sondern er verstösst gegen ihn im Verhältnis zu den Gläubigern im Hinblick auf deren Befriedigung im Betreibungs- oder Konkursverfahren betreffende Schutzpflichten, nämlich durch vollständige Auskunftserteilung zu verhindern, dass die Zwangsvollstreckung auf ungenügender Basis abgewickelt werden muss. Dass die Unterlassung des gesetzlich gebotenen Handelns vom Unrechtsgehalt her wesentlich weniger strafwürdig wäre als etwa die aktive tatsächliche oder scheinbare Vermögensverminderung mittels Abgabe einer unrichtigen Erklärung, kann wohl im Ernste nicht bezweifelt werden.¹ Der Dritte kommt somit als Täter eines allfälligen Unterlassungsdelikts bei Art. 163 und Art. 164 StGB ohne weiteres in Frage², soweit er im vorne erwähnten Sinne auskunftspflichtig ist.

Nicht zu überzeugen vermag der erwähnte Entscheid des Bundesgerichts insofern, als er die für Dritte allgemein geltenden Grundsätze ohne weiteres auch auf den Vertreter des Schuldners anwendet.³ M.E. wäre es richtiger, den Vertreter

-
- 1 Meyer, S. 144 ff. (insbesondere S. 145, 148 und 158 ff.); Hauser/Rehberg, S. 134 und 136; Schultz, AT I, S. 118
 - 2 Die Bedenken von Stratenwerth (BT I, S. 289) hinsichtlich der Garantenstellung des Dritten sind m.E. unbegründet. Bejahend auch Caspar, S. 27 unter Hinweis auf den nicht publizierten Bundesgerichtsentscheid 5.12.1958 i.S.G. Zur Tatbegehung durch Unterlassung vgl. auch hinten S. 159 f., 161 f. und 163.
 - 3 BGE 70 IV 77. Danach verstösst der Vertreter des Schuldners ebenfalls nur dann gegen Art. 163/164 StGB, wenn er Vermögen des Schuldners besitzt, dieses aber trotz Aufforderung dem Betreibungs- oder Konkursamt nicht angibt.

nicht der beschränkten Auskunftspflicht Dritter¹, sondern derselben umfassenden wie den Schuldner persönlich² zu unterstellen. Würde der Auslegung des Bundesgericht gefolgt, so hätte es nämlich jeder Schuldner in der Hand, sich durch Bestellung eines Vertreters bei der Pfändung oder Inventarisierung der ihn persönlich treffenden umfassenden Auskunftspflicht zu entziehen und dadurch allenfalls bestimmte Vermögenswerte vor dem Zugriff der Gläubiger zu retten. Dies kann jedoch keinesfalls in der Absicht des Gesetzes liegen, welches die Vertretung bei der Pfändung ausdrücklich als zulässig erklärt.³ Daraus folgt, dass der Schuldnervertreter bei Pfändung und Inventarisierung - im Unterschied zum gewöhnlichen Dritten - seine Auskunft- und Garantienpflicht auch dann verletzt, wenn er irgendeinen, sich allenfalls im Drittgewahrsam befindlichen Vermögenswert des Schuldners gegenüber den Betreibungs- oder Konkursbehörden verschweigt.⁴

1 Vgl. vorne S. 98 f.

2 Zur Auskunftspflicht des Schuldners vgl. vorne S. 93 f. und hinten S. 159 f. .

3 Art. 93 Abs. 1 SchKG

4 Dass der Vertreter als "Dritter" gemäss Art. 163/164 Ziff. 2 StGB zu qualifizieren ist (vgl. vorne S. 97 f.) während er im Hinblick auf die Beurteilung seiner Auskunftspflicht dem Schuldner gleichgestellt wird, mag auf den ersten Blick als paradox erscheinen. Es handelt sich hier jedoch um eine Konsequenz aus der gesetzlichen Konstruktion und insbesondere der strikten Anwendung des strafrechtlichen Legalitätsprinzips. SJZ 52 (1956) S. 111 Nr. 53; kritisch gegenüber der Lösung des Bundesgerichts auch Schwander, SJK 1128, S. 4 und 7; zustimmend im Ergebnis Caspar, S. 26.

1.3. Deliktsbegehung durch juristische Personen und Handelsgesellschaften (Art. 172 StGB)

Art. 172 StGB enthält eine Sonderregelung für jene Fälle, in denen strafbare Handlungen gemäss Art. 147 StGB und Art. 163 bis Art. 170 StGB im Geschäftsbetrieb von juristischen Personen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie Gesellschaften mit beschränkter Haftung begangen werden. Bedeutung und Notwendigkeit dieser Vorschrift werden zum Teil aus dem Umstand abgeleitet, dass juristische Personen und Personenverbände für die von ihnen verübten Straftaten nicht zur Rechenschaft gezogen werden können, weil ihnen nach fester Lehre und Praxis die strafrechtliche Delikts- und Schuldfähigkeit fehlt.¹ Es sei deshalb erforderlich, den Kreis der in solchen Fällen verantwortlichen natürlichen Personen gesetzlich festzulegen.²

Diese Darstellung der Verhältnisse trifft indessen den Kern der Sache nicht. Werden nämlich im Geschäftsbetrieb juristischer Personen oder Handelsgesellschaften Straftaten verübt, so ist hiefür gemäss fester Lehre und Praxis auch ohne die Spezialvorschrift von Art. 172 StGB grundsätzlich stets jene Person verantwortlich, welche gehandelt hat oder hätte handeln sollen.³ Die eigentliche Bedeutung von Art. 172 StGB liegt darin, dass diese Bestimmung es erlaubt,

1 "societas delinquere non potest"

2 Hafter, BT I, S. 331; Hafter I, S. 392; Schwander, SJK 1128, S. 3; Thormann/von Overbeck, N. 1 zu Art. 172 StGB; Logoz, N. 1 zu Art. 172 StGB; Kunz, S. 27

3 BGE 105 IV 175; Schultz, AT I, S. 108 f.; BGE 97 IV 204 = Praxis 61 (1972) Nr. 13; 100 IV 41 = Praxis 63 (1974) Nr. 182

sowohl Organe juristischer Personen als auch die Verantwortlichen von Handelsgesellschaften dann wegen Verstoss gegen ein Sonderdelikt¹ bestrafen zu können, wenn die verlangte Sondereigenschaft nicht ihnen persönlich, sondern der juristischen Person oder Gesellschaft zukommt.² Ohne die Spezialvorschrift von Art. 172 StGB könnte sich beispielsweise ein tatbestandsmässige Handlungen begehender Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft aufgrund der allgemeinen Grundsätze wegen Fehlens der Schuldnerqualität eines Verstosses gegen Art. 165 StGB überhaupt nicht schuldig machen, während er im Rahmen von Art. 163/164 StGB lediglich als Dritter gemäss Ziffer 2 bestraft werden könnte.³

Etwelche Schwierigkeiten bereitet in verschiedener Hinsicht die Bestimmung der als Täter⁴ gemäss Art. 172 StGB in Be-

1 Art. 163/164 StGB sind Sonderdelikte; vgl. hinten S.204 ff..

2 BGE 105 IV 175; 100 IV 40; 97 IV 203 f.; Rehberg, S. 100; Schultz, AT I, S. 259; Stieger, S. 54. Stratenwerth (BT I, S. 307) spricht anschaulich davon, Art. 172 StGB übertrage die Qualifikation als Schuldner von der Gesellschaft auf deren Organe (so auch Rehberg, S. 100); vgl. auch Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 419 und Bd. 8, S. 263; Sten Bull Sonderausgabe NR S. 361.

3 Dies wäre im Ergebnis eine Benachteiligung der natürlichen Person als Täter im Vergleich zum Täter im Geschäftsbetrieb der juristischen Person oder Handelsgesellschaft; Rehberg, S. 100; wohl auch Caspar, S. 18 und Schwander, SJK 1128, S. 4. Das Bundesgericht vertritt offenbar die Auffassung, Art. 172 StGB sei in analoger Weise auf sämtliche Sonderdelikte anwendbar (BGE 100 IV 42).

4 Mit Recht wird angenommen, die von Art. 172 StGB erfassten Personen seien gemäss Art. 163/164 Ziff. 1 StGB (und nicht nach Ziff. 2) zu bestrafen.

tracht kommenden Personen. So zeigte sich in der Praxis etwa, dass bei enger Auslegung der vom Gesetz in Art. 172 StGB verwendeten Begriffe¹ jene Fälle nicht erfasst werden konnten, in denen eine die strafbare Handlung begehende Person die Gesellschaft zwar faktisch leitete, formell jedoch keine der unter Art. 172 StGB fallenden Positionen innehatte. Mit der Begründung, dieses Ergebnis wäre stossend und mit dem öffentlichen Interesse nicht vereinbar, qualifiziert deshalb das Bundesgericht als "Verwaltungsorgan" jede Person, welche die tatsächliche Leitung einer Gesellschaft innehat, ohne formell eine Organstellung einzunehmen und sich dabei der Mitglieder der statutarischen Verwaltung, der Direktoren, Bevollmächtigten oder Beauftragten als Strohänner bedient.² Zudem wurde der strafrechtliche Begriff "Organ" im Vergleich zum Zivilrecht ganz erheblich erweitert und darunter alle Personen subsumiert, denen mit Bezug auf die konkrete strafbare Handlung eine eigene Entscheidungsbefugnis zukommt.³

Diese sehr weitgehende Auslegung von Art. 172 StGB durch das Bundesgericht⁴ ist von Stratenwerth⁵ mit herber Kritik

-
- 1 Das heisst bei einer Auslegung streng nach ihrer üblichen Bedeutung im Zivilrecht.
 - 2 BGE 78 IV 30 f.; 100 IV 42 = Praxis 63 (1974) Nr. 182; 97 IV 14. Das Bundesgericht zieht dabei eine Parallele zum zivilrechtlichen "Durchgriff". Zur strafrechtlichen Behandlung der Strohänner vgl. BGE 96 IV 78 ff. .
 - 3 BGE 100 IV 42 f. = Praxis 63 (1974) Nr. 182. Entscheidendes Kriterium bildet nach diesem Entscheid nicht mehr die hierarchische Stellung in der Gesellschaft, sondern einzig, ob die betreffende Person mit Bezug auf die konkrete Frage selbständig entscheiden kann oder aber bloss ausführende Funktion hat. Zustimmend Stieger, S. 57 und Waiblinger in ZBJV 91 (1955) S. 105.
 - 4 Schultz (AT I, S. 260) meint, diese sei eine Folge der "unglücklichen Formulierung" von Art. 172 StGB.
 - 5 Stratenwerth (BT I, S. 307 f.) wirft dem Bundesgericht vor, es betreibe mit seiner "Auslegung" der von Art. 172 StGB verwendeten juristisch-technischen Begriffe "verbotene Analogie". Vorallem sei der Begriff "tatsächliche Leitung" völlig unbestimmt und verwische die Grenzen der Strafbarkeit.

bedacht worden, eine Kritik, die m.E. allerdings als verfehlt zu betrachten ist. Sie fusst auf der Annahme, Art. 172 StGB verwende feststehende juristisch-technische Begriffe aus dem Zivilrecht. Nach dem Wortlaut der Bestimmung trifft dies jedoch nur ganz bedingt zu. So wird beispielsweise der völlig untechnische Terminus "Verwaltungsorgan" verwendet. Die Vorschriften des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaft sehen jedoch nur ein einziges echtes Verwaltungsorgan vor, den "Verwaltungsrat".¹ Dass vom Gesetzgeber nicht der feststehende Begriff "Verwaltungsrat" in Art. 172 StGB übernommen wurde, mag allein schon als Indiz dafür gelten, dass eine - übrigens auch im Gebiete des Strafrechts ohne weiteres zulässige - ausdehnende Auslegung² mit dem Wortlaut von Art. 172 StGB durchaus vereinbar ist. In dieselbe Richtung weist übrigens auch die Verwendung des Plurals³, obwohl das Obligationenrecht nur ein Verwaltungsorgan, den Verwaltungsrat, vorsieht. Das Gesagte gilt vollumfänglich auch für den in Art. 172 StGB enthaltenen Begriff "Kontrollorgane". Hätte hier der Strafgesetzgeber lediglich auf das Zivilrecht zurückgreifen wollen, so hätte er sich wohl des Begriffs "Kontrollstelle"⁴ bedient. Damit steht fest, dass Art. 172 StGB keineswegs durchgängig⁵ feststehende juristisch-technische Begriffe

1 Art. 712 OR

2 Schultz, AT I, S. 88

3 Verwaltungsorgane

4 Art. 727 OR

5 Nur bei den Liquidatoren und den Bevollmächtigten handelt es sich um feststehende Begriffe, wobei aber auch derjenige des "Bevollmächtigten" Auslegungsprobleme bringt; vgl. hinten S. 108 f. .

heranzieht, weshalb die Kritik von Stratenwerth schon im Ansatz nicht standzuhalten vermag. Uebrigens ergibt sich auch aus den Materialien nichts anderes. So beschloss die zweite Expertenkommission, es sollten ganz allgemein die die Tat verübenden natürlichen Personen strafbar sein, nicht nur die Organe im eigentlichen Sinn¹ und Wettstein äusserte sich dahingehend, unter den Begriff "Verwaltungsorgane" fielen selbstverständlich auch die Direktoren, was allenfalls zur blossen Verdeutlichung im Gesetz noch ausdrücklich gesagt werden könne.² Die Interpretation des Bundesgerichts, Art. 172 StGB erfasse diejenigen Personen³, welche im jeweiligen Einzelfall für die begangene Handlung im Geschäftsbetrieb der juristischen Person oder der Handelsgesellschaft entscheidungsbefugt waren, oder sich eine solche Entscheidungsbefugnis faktisch vorbehielten, entspricht also dem Zweck der Bestimmung und ist auch mit ihrem Wortlaut vereinbar. Sie bringt zudem eine wünschenswerte Angleichung an die Rechtsprechung in jenen Fällen, in welchen gemeine Delikte von juristischen Personen begangen werden.⁴

1 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 420

2 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 8, S. 269. Es findet sich in den Materialien kein klarer Hinweis auf den allfälligen Willen, die im Obligationenrecht verwendeten Begriffe als solche in das StGB zu übernehmen.

3 Bzw. unterwerfe sie der schärferen Strafdrohung von Art. 163/164 Ziff. 1 StGB.

4 Vgl. dazu BGE 85 IV 97; Schultz, AT I, S. 109; vorne S. 103.

Ergebnis dieser Praxis ist es, dass alle mit einer juristischen Person oder Personengesellschaft im Anstellungsverhältnis stehenden Personen unabhängig von ihrer konkreten Stellung¹ gemäss Art. 172 StGB wegen der Delikte gemäss Art. 163 Ziff. 1 und Art. 164 Ziff. 1 StGB bestraft werden können, sofern ihnen nur für die in Frage stehende inkriminierte Handlung eine eigene Entscheidungsbefugnis zustand. Bloss ausführende Personen, gleich welcher Stufe² scheiden hingegen als Täter im Sinne von Ziffer 1 der Art. 163/164 StGB aus, auch wenn sie die Handlung selbst begangen haben.³ Diese Grundsätze sind aber auch auf solche Personen anzuwenden, die in keinem formellen Anstellungsverhältnis mit der juristischen Person oder Gesellschaft stehen, denen aber faktisch die Entscheidungsgewalt in jenem Bereich zusteht, in welchen die betreffende strafbare Handlung fällt.

Wenn in Art. 172 StGB auch Bevollmächtigte erwähnt werden, so kann dies nur heissen, dass auch von der juristischen Person oder der Handelsgesellschaft mit der Lösung einer spezifischen Aufgabe beauftragte Personen⁴ gemäss Art.

-
- 1 Gleichgültig, ob sie als Direktoren, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte oder gewöhnliche Angestellte tätig sind.
 - 2 Also beispielsweise auch Direktoren oder Prokuristen.
 - 3 Sie werden als Dritte gemäss Art. 163/164 Ziff. 2 StGB bestraft; vgl. Stieger, S. 156. Ueber die Frage der Mitäterschaft, Anstiftung und Gehilfenschaft bzw. die Frage, in welchen Fällen Ziff. 1 und in welchen Ziff. 2 von Art. 163/164 StGB anzuwenden ist vgl. hinten S. 204 ff. .
 - 4 Als Bevollmächtigte sind nur solche Personen zu qualifizieren, die mit der juristischen Person oder der Gesellschaft in keinem festen Arbeitsverhältnis stehen, sondern im Einzelfall beauftragt wurden.

163/164 Ziff. 1 StGB bestraft werden können, sofern diese aufgrund der Verträge mit den Auftraggebern in jenem Bereich zu selbständiger Entscheidung befugt sind.¹

Mit Bezug auf die Kontrollstelle und allfällige Liquidatoren muss beachtet werden, dass auch diese Funktionen wiederum juristischen Personen oder Gesellschaften anvertraut sein können, was mit Bezug auf die Bestimmung der strafrechtlich verantwortlichen Personen zusätzliche Komplikationen hervorrufen kann und jedenfalls eine sehr sorgfältige Abklärung der verschiedenen Kompetenzen erfordert.

Die Generalversammlung der Aktionäre wird in der Aufzählung von Art. 172 StGB nicht speziell erwähnt; es handelt sich bei ihr weder um ein eigentliches Verwaltungsorgan noch um ein spezifisches Kontrollorgan.² Trotzdem wird in der Lehre die Anwendung von Art. 172 StGB auch auf die Aktionäre befürwortet.³ Unter Berücksichtigung der erwähnten Rechtssprechung des Bundesgerichts kann dem ohne weiteres zugestimmt werden. Wo die Aktionäre sich eine faktische Entscheidungsbefugnis vorbehalten und in der Generalversammlung den Beschluss zur Ausführung einer strafbaren

-
- 1 Caspar, S. 18; Schwander, SJK 1128, S. 3; Karmann, S. 54: Diese Autoren qualifizieren Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte im Anstellungsverhältnis m.E. zu Unrecht als "Bevollmächtigte". Bei solchen Personen dürfte es sich um Verwaltungsorgane im Sinne von Art. 172 StGB handeln.
 - 2 Auch wenn der Generalversammlung einzelne Verwaltungs- und Kontrollfunktionen von Gesetzes wegen zustehen.
 - 3 Caspar, S. 18; Schwander, SJK 1128, S. 3; Kunz, S. 28 f. . Karmann (S. 54) möchte die Aktionäre (m.E. zu schematisch) stets als Anstifter, die ausführenden Organe als Täter behandeln. Ob Täterschaft, Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, was mitunter allerdings schwierig sein kann; vgl. nachstehend S. 110.

Handlung fällen, können sie als Täter angesehen und in Anwendung von Art. 172 StGB der schärferen Strafdrohung von Art. 163/164 Ziff. 1 StGB unterworfen werden.

Bei den Kommanditgesellschaften ist unter den oben erwähnten Voraussetzungen auch der beschränkt haftende Kommanditär für allfällige strafbare Handlungen gemäss Art. 172 StGB haftbar.¹

Beteiligen sich verschiedene Angestellte, Organe oder Gesellschafter einer juristischen Person oder Personengesellschaft an der Ausführung einer strafbaren Handlung im Geschäftsbetrieb, so ist nach den allgemeinen geltenden Regeln zu prüfen, wer als Täter oder Mittäter und wer bloss als Teilnehmer zur Rechenschaft zu ziehen ist.² Das kann, zumal bei grossen, stark arbeitsteilig organisierten Gesellschaften ausserordentlich schwierig sein, wie überhaupt die Eruiierung der verantwortlichen Personen innerhalb von Betrieben von den Strafverfolgungsbehörden eine minutiöse Abklärung der im Einzelfall gegebenen tatsächlichen oder statutarischen Entscheidungsbefugnisse innerhalb der Gesellschaft sowie des Entscheidungs- und Tatablaufs im konkreten Einzelfall voraussetzt.³ Hingewiesen werden muss

1 Petrzilka, S. 224 f.; Hafter I, S. 392; Hafter, BT I, S. 332; Logoz, N. 3 zu Art. 172 StGB; Kunz, S. 29

2 Zürcher, Erläuterungen, S. 181; Schwander, SJK 1128, S. 3

3 Beteiligen sich Personen mit und ohne die erforderlichen Eigenschaften an der Tat, so unterstehen sie, sofern die Voraussetzungen von Art. 172 StGB erfüllt sind, Ziffer 1, sonst lediglich Ziffer 2, sei es als Täter oder Teilnehmer; vgl. dazu hinten S. 204 ff.

Den bloss Ausführenden fehlt die Schuldnerqualität, welche nur auf jene Personen übertragen wird, die unter Art. 172 StGB subsumiert werden können. Schwander, SJK 1128, S. 4; Kunz, S. 30; RB Obergericht Kanton Thurgau 1948 S. 68 Nr. 17 (= RStrS 1949 S. 75).

in diesem Zusammenhang auch darauf, dass das Bundesgericht es abgelehnt hat, die Mitglieder von Verwaltungsräten bzw. die Gesellschafter von Personengesellschaften, losgelöst von ihrer tatsächlichen Stellung und Funktion im Betrieb, einer aus der gesetzlichen Aufsichtspflicht fliessenden allgemeinen strafrechtlichen Garantenstellung zu unterwerfen.¹

Wegen eines Verstosses gegen die Art. 163 und 164 StGB durch Unterlassung können demnach nebst den tatsächlich mit Entscheidungsbefugnis handelnden Organen und Angestellten im Bereich, in den die Erfüllung der betreffenden Pflicht fällt, nur solche Personen in Frage kommen, die als Geschäftsherren eine beherrschende Stellung in der Gesellschaft innehaben oder tatsächlich stark auf die Tätigkeit der Gesellschaft Einfluss nehmen, falls sie die Erfüllung eines Straftatbestands durch Dritte im Geschäftsbetrieb vorausgesehen haben oder erkannten und diese nicht verhinderten bzw. nicht dagegen einschritten.² Art. 172 StGB schafft keine Schuldvermutung in dem Sinne, dass die von der Vorschrift erfassten Personen stets strafrechtlich verantwortlich wären, wenn im Geschäftsbetrieb strafbare Handlungen gemäss Art. 163 oder Art. 164 StGB verübt werden. Nur wenn einer solchen Person die persönliche Ausführung bzw. Beteiligung an einer deliktischen Handlung nachgewiesen werden kann, kann sie als Täter oder Teilnehmer zur Verantwortung gezogen werden, wobei die objektive Strafbarkeitsbedingung mit Bezug auf die juristische Person oder die Gesellschaft und nicht mit Bezug auf den Täter persönlich erfüllt zu sein braucht.³

1 BGE 96 IV 174; 105 IV 172 ff.

2 Schultz, AT I, S. 264; Hauser/Rehberg, S. 83 f.

3 Thormann/von Overbeck, N. 2 zu Art. 172 StGB; Logoz, N. 1 zu Art. 172 StGB; Stratenwerth, BT I, S. 308; BGE 105 IV 175 f.

2. Die Tathandlung

2.1. Vorbemerkungen

Nach dem übereinstimmenden Wortlaut des Gesetzes besteht die strafbare Handlung sowohl beim betrügerischen Konkurs als auch beim Pfändungsbetrug entweder in einer tatsächlichen oder aber in einer scheinbaren Vermögensverminderung. Beide Bestimmungen enthalten einen Katalog von Beispielen solcher Handlungen, welche bezwecken, das deliktische Verhalten näher zu charakterisieren¹ doch besteht Einhelligkeit darüber, dass diese Aufzählung nicht als abschliessend aufzufassen ist.² Somit hängt von einer genauen Definition der in Art. 163 und Art. 164 StGB verwendeten Begriffe wie "veräussern", "entwerten", "verheimlichen" oder "beiseiteschaffen" nicht mehr die Strafbarkeit eines Verhaltens ab, wie noch in älteren kantonalen Strafrechten, welche in der Regel keine Generalklauseln enthielten.³ Entscheidend

- 1 M.E. wäre dies unnötig. Hafter (BT I, S. 336 und Hafter II, S. 3) ist der Auffassung, eine Aufzählung sei notwendig wegen Abgrenzungsschwierigkeiten zu Art. 167 und Art. 169 StGB. Diese Schwierigkeiten werden allerdings auch durch den in Art. 163/164 StGB enthaltenen Katalog strafbarer Handlungen nicht wesentlich behoben.
- 2 Schwander, SJK 1128, S. 6; Löffler, S. 84; Lenherr, S. 58; Corrodi, S. 79; Petrzilka, S. 210 f.; Schwander, S. 374 Nr. 590 Ziff. 3; Rehberg, S. 92; Kunz, S. 50; Hafter, BT I, S. 336 und S. 340; Hafter II, S. 3; Caspar, S. 24; Stratenwerth, BT I, S. 284; Thormann/von Overbeck, N. 3 zu Art. 163 StGB; Logoz, N. 3 lit. d zu Art. 163 StGB; Haeffliger, S. 104; Karmann, S. 34; BGE 83 IV 221; BGE 97 IV 20 f.; 103 IV 235; RStrS 1972 Nr. 242; ZR 68 (1969) Nr. 39; ZR 44 Nr. 147; Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 395
- 3 Germann, Verbrechen, S. 296. Es braucht demnach im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht bis ins Detail auf die Abgrenzung der einzelnen Begriffe gegeneinander eingegangen zu werden; vgl. auch Schwander, SJK 1128, S. 62; Kunz, S. 53 f.; Corrodi, S. 42 f. .

ist nach dem heutigen Gesetzestext nur noch, ob ein bestimmtes Verhalten entweder unter den Begriff "tatsächliche Vermögensverminderung" oder "scheinbare Vermögensverminderung" subsumiert werden kann.¹ Allseits unbestritten ist weiter auch, dass die tatsächliche oder scheinbare Verminderung des Schuldnervermögens sowohl durch Verminderung der Aktiven als auch durch Vermehrung der Passiven - beispielsweise durch Eingehung neuer Schulden - begangen werden kann.²

Es ist im folgenden auf die sich im Zusammenhang mit dem strafbaren Verhalten gemäss Art. 163 und Art. 164 StGB ergebenden zahlreichen und in der Regel heiklen Einzelprobleme einzugehen, ferner auch auf die verschiedenen vom Gesetz genannten Varianten der tatsächlichen oder scheinbaren Vermögensverminderung.³ Auf eine umfassende Darstellung von Einzelfällen aus der Judikatur soll dabei verzichtet werden, da dies dem Praktiker kaum vom Nutzen sein dürfte. Zu vielgestaltig und zu facettenreich sind die Möglichkeiten unlauteren wirtschaftlichen Handelns, als dass sich jemals Sachverhalte in zwei Fällen völlig decken würden. Ergiebiger und auch für die Praxis nützlicher dürfte es statt dessen sein, den Versuch zu unternehmen, die Grundsätze der Anwendung und Auslegung von Art. 163 und Art. 164 StGB klarzulegen und damit die Subsumtion des konkret zu beurteilenden, meist komplizierten Sachverhalts, zu erleichtern.

1 Stratenwerth (BT I, S. 284) führt aus, die Auslegung der exemplifizierenden Aufzählung sei stets an den entsprechenden Oberbegriffen zu orientieren.

2 Caspar, S. 24; Hafter, BT I, S. 340 f.; Hafter II, S. 9; Löffler, S. 84; Schwander, SJK 1128, S. 7; Kunz, S. 51; Thormann/von Overbeck, N. 3 zu Art. 163 StGB; Stratenwerth, BT I, S. 284; Rehberg, S. 92; Germann, Verbrechen, S. 295; Logoz, N. 3 A zu Art. 163 StGB; Zürcher in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 394; BGE 97 IV 21; 85 IV 219; 102 IV 23; SJZ 62 (1966) S. 234 f. Nr. 145; RStrS 1972 Nr. 242

3 Wie bereits vorne (S. 112) angetönt, kann dabei aber auf eine bis ins letzte gehende Abgrenzung der einzelnen Begriffe gegeneinander verzichtet werden.

2.2. Bedrängte Vermögenslage des Schuldners kein objektives Tatbestandsmerkmal

Das Bundesgericht¹ hat in Anlehnung an Hafter² in einem älteren Entscheid ausgeführt, der Täter müsse die Schädigung der Gläubiger mit Wissen und Willen herbeigeführt haben. Das setze voraus, dass er im Bewusstsein des ihm drohenden Vermögenszusammenbruchs handelte, sich also bereits in bedrängter Vermögenslage befand und daher die konkrete Möglichkeit der Zwangsvollstreckung voraussehen konnte und mit ihrem Eintritt rechnen musste. Es stellt sich die Frage, ob das Bundesgericht mit der Feststellung, der Schuldner müsse sich im Zeitpunkt der Handlung bereits in bedrängter Vermögenslage befunden haben, ein zusätzliches objektives Tatbestandsmerkmal in die Bestimmungen von Art. 163 und Art. 164 StGB einführen wollte.³ Zahlreiche Autoren haben die erwähnte Ueberlegung von Hafter aufgenommen, ohne

1 BGE 74 IV 23; vgl. auch BGE 97 IV 20

2 Hafter (BT I, S. 329, 336 und 343) leitet seine Ueberlegung daraus ab, der in Vermögensverfall geratene bzw. vom Vermögensverfall bedrohte Schuldner habe die Pflicht, dafür zu sorgen, dass das, was von seinem Vermögen noch übrig ist, den Gläubigern erhalten bleibt. Ferner sei er verpflichtet, alles zu unterlassen, was eine ordnungsgemässe Auseinandersetzung mit den Gläubigern verhindere. Unklar ist die Auffassung Hafters mit Bezug auf die Frage, ob sich der Schuldner dieser schlechten Vermögenslage im Zeitpunkt der Tatbegehung bewusst sein müsse: Hafter, BT I, S. 343 (bejahend), BT I, S. 336 Anm. 2 (ablehnend unter Hinweis auf die Beweisschwierigkeiten); zu den subjektiven Anforderungen vgl. hinten S. 115 und 187.

3 Caspar (S. 28) führt aus, Voraussetzung für den Eintritt eines Nachteils sei schon objektiv, dass sich der Schuldner in einer Vermögenslage befinde, bei welcher die Deckung der Schulden durch die vorhandenen Aktiven nicht mehr gewährleistet ist.

allerdings - gleich wie jener - präzise zum Ausdruck zu bringen, welcher Stellenwert ihr im Rahmen der Bestimmungen von Art. 163 und Art. 164 StGB zukommt.¹

Es fällt auf, dass das Erfordernis, der Schuldner müsse sich im Zeitpunkt des deliktischen Verhaltens in bedrängter Vermögenslage befunden haben, meist im Zusammenhang mit der Prüfung der subjektiven Voraussetzungen des betrügerischen Konkurses und des Pfändungsbetrugs erwähnt wird.² Zweifellos gehört zum Vorsatz des Schuldners, welcher strafbare Handlungen gemäss Art. 163 und Art. 164 StGB begeht u.a. auch die Vorstellung, er befinde sich in einer angespannten finanziellen Situation bzw. er gerate in eine solche und es sei deswegen mit der Eröffnung eines Betreibungs- oder Konkursverfahrens gegen ihn zu rechnen.³ Darüberhinaus im Sinne eines objektiven Tatbestandsmerkmals zu verlangen, er müsse sich dies nicht nur vorgestellt haben, sondern eine derartige wirtschaftliche Situation müsse tatsächlich im Zeitpunkt der Tatbegehung vorhanden gewesen sein und in jedem Einzelfall nachgewiesen werden, ginge m.E. jedoch

1 Eine präzise Aussage darüber fehlt auch von Seiten des Bundesgerichts.

2 Hafter, BT I, S. 329, 336 und 343; Logoz, N. 4 zu Art. 163 StGB; Stratenwerth, BT I, S. 285; Haefliger, S. 103; Rehberg, S. 92; Kunz, S. 70; BGE 74 IV 38; SJZ 62 (1966) S. 234 ff. Nr. 145; RStrS 1972 Nr. 242; ZR 68 (1969) Nr. 39; Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 395, 398 und 400. Dies ist auch der Grund für die bestehende Unsicherheit über die Bedeutung der Wendung, der Schuldner müsse sich tatsächlich in prekärer Vermögenslage befunden haben.

3 Zum Inhalt des Vorsatzes vgl. hinten S. 187.

zu weit. Weder aus dem Gesetzestext¹ noch aus den Materialien² ergeben sich Anhaltspunkte für eine solche Auslegung von Art. 163 und Art. 164 StGB, ebensowenig wie für die Auffassung von Hafter³, der Unrechtsgehalt von Pfändungsbetrug und betrügerischem Konkurs liege in der Verletzung der Pflicht des bereits in Vermögensverfall geratenen Schuldners, das noch vorhandene Vermögen soweit notwendig zur Befriedigung seiner Gläubiger zu erhalten, während die Vermögensverschleuderung sonst strafrechtlich nicht relevant sei. Wäre dies die Meinung des Gesetzgebers gewesen, so hätte er dies durch Aufnahme eines entsprechenden Tatbestandsmerkmals in die Bestimmungen von Art. 163 und Art. 164 StGB

-
- 1 Anders als etwa bei Art. 167 StGB, wo das Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen wurde und hieraus m.E. zu Recht abgeleitet wird, die Zahlungsunfähigkeit müsse auch tatsächlich im Sinne eines objektiven Tatbestandsmerkmals vorhanden gewesen sein: Stratenwerth, BT I, S. 294; BGE 104 IV 80 ff. .
- 2 Es wurde ausgeführt, man wolle mit Art. 163/164 StGB auch Handlungen treffen, die vor der Insolvenz begangen worden sind. Dass sich der Schuldner objektiv in einer schlechten Vermögenslage befinden müsse, wurde nicht gefordert. Die Experten betonten hingegen mehrfach, der Täter müsse subjektiv im Bewusstsein seiner schlechten Finanzlage gehandelt haben; vgl. Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 395, 398 und 400 f., und Bd. 4, S. 110 und 112.
- 3 Hafter, BT I, S. 329; auch Schwander, SJK 1128, S. 1; Logoz, N. 2 Vorbemerkungen zu Art. 163 - 172 StGB; Hafter I, S. 388; Schwander, S. 374 Nr. 590 Ziff. 1 . Eine von Hafter abweichende Position deutet auch Caspar (S. 13) an, wenn er ausführt, die Pflicht, sein Vermögen den Gläubigern zu erhalten, liege besonders dann vor, wenn der Schuldner in Vermögensverfall geraten sei oder ihm ein solcher drohe. Daraus folgt, dass Caspar eine solche Pflicht bereits vorher als gegeben betrachtet.

klar zum Ausdruck bringen müssen.¹ De lege lata kann der Unrechtsgehalt von betrügerischem Konkurs und Pfändungsbe-
 trug nur darin erblickt werden, dass der Schuldner - unab-
 hängig von seiner aktuellen Vermögenslage - tatsächlich
 oder scheinbar vermögensmindernde Handlungen vornimmt, mit
 dem Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung in einem möglichen
 Betreibungs- oder Konkursverfahren.² Kommt es zur Zwangs-
 vollstreckung und wirkt sich das deliktische Tun des Schuld-
 ners darin zum Nachteil der Gläubiger aus, so ist der Tat-
 bestand von Art. 163 und Art. 164 StGB erfüllt³, unbekümmert
 darum, ob im Moment der Tatbegehung eine angespannte finan-
 zielle Situation vorlag oder nicht.⁴ Dass diese Auffassung
 dem gegebenen Wortlaut von Art. 163 und Art. 164 StGB ent-
 spricht, anerkennen indirekt auch jene Autoren, die fest-
 stellen, der Vermögensverfall könne gerade wegen der Bank-

-
- 1 Etwa durch die Formulierung: "Der Schuldner, der sich im Vermögensverfall befindet oder dem der Vermögensverfall droht, und der zum Nachteil der Gläubiger sein Vermögen vermindert . . . ".
 - 2 Verpönt ist also die Vornahme solcher Handlungen mit dem entsprechenden Vorsatz. Das Schwergewicht liegt auf der subjektiven Seite.
 - 3 Sofern der Kausalzusammenhang gegeben ist.
 - 4 Hat der Schuldner irrtümlicherweise angenommen, seine aktuelle wirtschaftliche Lage sei schlecht, so liegt das vollendete Delikt vor, wenn es später gleichwohl zu einem Zwangsverwertungsverfahren kommt und die Gläubiger darin durch die Handlung des Täters benachteiligt sind. Tatbestandsirrtum fällt ausser Betracht, da der erforderliche Benachteiligungsvorsatz gegeben ist; vgl. dazu hinten S. 189 ff. .

rotthandlung des Täters eingetreten sein.¹

Eine Ergänzung des objektiven Tatbestands von Art. 163 und Art. 164 StGB im erwähnten Sinne ist somit klar abzulehnen.²

Der Nachweis einer angespannten Finanzlage des Schuldners im Zeitpunkt der Tatbegehung kann strafrechtlich einzig insofern von Bedeutung sein, als darin im Einzelfall ein Indiz für das Vorhandensein des erforderlichen Benachteiligungsvorsatzes erblickt werden kann.³

2.3. Das Vermögen des Schuldners als Angriffsobjekt

In Lehre und Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, die tatbestandsmässigen Handlungen⁴ des Schuldners oder des Dritten könnten sich nur auf solche Vermögensstücke beziehen, die ihrer Natur gemäss oder kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift zur Konkursmasse geschlagen oder ge-

1 Schwander, SJK 1128, S. 9; Caspar, S. 28. Diese Auffassung impliziert, dass im Moment der Tat noch kein Vermögensverfall vorliegen muss. So denn auch ausdrücklich Stratenwerth (BT I, S. 285), welcher ausführt, die Handlungen könnten noch vor jedem Vermögensverfall verübt werden, weshalb es entscheidend auf den Vorsatz ankomme. Sinn- gemäss auch Rehberg, S. 92, Caspar, S. 13 sowie Corrodi, S. 70.

2 Die Begriffe "Vermögensverfall" und "drohender Vermögensverfall" sind im übrigen auch zu unbestimmt.

3 Sofern BGE 74 IV 33 und 97 IV 20 ebenfalls diese Meinung zum Ausdruck bringen wollen, wofür eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht (Behandlung der Frage im Zusammenhang mit der Prüfung des subjektiven Tatbestandes), wäre den Entscheiden zuzustimmen.

4 Wirkliche oder scheinbare Vermögensverminderung.

pfändet und später verwertet werden könnten¹, mit der Begründung, durch das Beiseiteschaffen, Verheimlichen, Veräussern, Beschädigen, Zerstören usw. von unpfändbaren Vermögensbestandteilen würden die Gläubiger in keiner Weise geschädigt.²

Allerdings werfen diese Feststellungen, obwohl auf den ersten Blick durchaus einleuchtend, einige heikle Probleme auf. Zum einen rühren sie daher, dass der Entscheid über die Frage, ob ein Vermögenswert pfändbar sei oder nicht bzw. ob ihm Kompetenzqualität zukomme, und damit auch darüber, ob ein Nachteil für die Gläubiger eingetreten sei, abhängig sein kann vom Zeitpunkt der Beurteilung.³ Zum anderen wird in der Literatur aber auch aufgezeigt, dass durch

1 Stratenwerth, BT I, S. 285; Kunz, S. 74; Schwander, SJK 1128, S. 5; Schwander, S. 375 Nr. 590a Ziff. 1; Logoz, N. 3 A lit. a und lit. e zu Art. 163 StGB; Germann, Verbrechen, S. 296 f.; Rehberg, S. 91; Haefliger, S. 102; Hafter, BT I, S. 342; Hafter II, S. 11 f.; Löffler, S. 83; Wach, S. 60; Corrodi, S. 41 und 43; Lenherr, S. 42; Willi, S. 60 f.; BGE 97 IV 20 f.; 103 IV 232 f.; 105 IV 320; ZR 55 (1956) Nr. 133. Diese Äusserungen erwecken den Eindruck, bei einem Angriff auf unpfändbares Vermögen des Schuldners müsse stets bereits das Vorliegen einer tatsächlichen oder scheinbaren Vermögensverminderung verneint werden.

2 Germann, Verbrechen, S. 296; Logoz, N. 3 A lit. a und lit. e zu Art. 163 StGB; Caspar, S. 31; Haefliger, S. 102 f.

3 Dies gilt etwa für die Frage der Unentbehrlichkeit, Unumgänglichkeit oder Notwendigkeit: Art. 92 Ziff. 1, 3, 4, 5 SchKG und Art. 93 SchKG.

Beispielsweise kann die Veräusserung eines im Zeitpunkt der Handlung als unpfändbar, im Moment der Pfändung bzw. Konkurseröffnung jedoch als pfändbar zu bewertenden Gegenstandes die Gläubiger benachteiligen.

Angriffe auf im Zeitpunkt von Pfändung und Konkurs nicht verwertbares Vermögen die Gläubiger geschädigt werden können. Dies etwa dann, wenn der Schuldner oder Dritte ein Kompetenzstück beseitigt, so dass zum Nachteil der Gläubiger einem anderen Vermögenswert derselben Art die ihm sonst nicht zukommende Kompetenzqualität zuerkannt werden muss¹ oder wenn der Täter einen unpfändbaren Vermögenswert beseitigt, welcher einer Auswechslung² zugänglich gewesen wäre.

Die erwähnten Beispiele zeigen m.E. zunächst auf, dass es falsch wäre, bei einem den Erfordernissen von Art. 163 oder Art. 164 StGB entsprechenden Angriff auf unpfändbares Vermögen des Schuldners bereits das Vorliegen einer tatsächlichen oder scheinbaren Vermögensverminderung zu verneinen und zwar deshalb, weil die Gläubiger auch durch eine solche Handlung effektiv in der Zwangsverwertung benachteiligt sein können, gleichgültig, ob die Frage der Pfändbarkeit für den Zeitpunkt der Handlung oder jenen von Konkurseröffnung oder Pfändung beurteilt wird. Würde, was die eingangs³ erwähnten Auffassungen in Lehre und Praxis anzunehmen scheinen, eine Vermögensverminderung gemäss Art. 163 und Art. 164 StGB nur für den Fall der Beseitigung oder Verheimlichung von pfändbaren Vermögensgegenständen angenommen,

-
- 1 Caspar, S. 31; sinngemäss auch Hafter, BT I, S. 342 Anm. 2; Hafter II, S. 12 Anm. 1; Schwander, SJK 1128, S. 6; Logo, N. 3A zu Art. 163 StGB. Das gilt auch für beschränkt pfändbares Vermögen gemäss Art. 93 SchKG, soweit der über das Notwendige hinausgehende Teil betroffen ist.
 - 2 Das Auswechslungsrecht erlaubt den Gläubigern, anstelle eines luxuriösen Kompetenzstücks ein solches billigerer Qualität zur Verfügung zu stellen und dafür jenes in die Konkursmasse oder Pfändung einzuwerfen. Durch die Beseitigung des luxuriösen Kompetenzstücks entgeht den Gläubigern der aus dessen Verwertung resultierende Mehrerlös; vgl. Fritzsche, Bd. I, S. 195; Amonn, S. 155 f. .
 - 3 Vgl. vorne S. 119 Anm. 1

so könnte der Täter trotz Eintritts eines Schadens für die Gläubiger bei einem Angriff auf unpfändbares Vermögen nicht bestraft werden, was stossend wäre. Eine entsprechende Einschränkung des objektiven Tatbestandes in den Vorentwürfen¹ wurde denn auch von der zweiten Expertenkommission offensichtlich bewusst gestrichen.² Zutreffend kann nach meiner Auffassung somit nur sein, unbesehen um die Frage der allfälligen Pfändbarkeit, jedes Zerstören, Veräussern, Verheimlichen usw. von Schuldnervermögen als scheinbare Vermögensverminderung im Sinne von Art. 163 und Art. 164 StGB zu qualifizieren, eine Interpretation, die sich auch mit dem Wortlaut der Bestimmungen ohne weiteres vereinbaren lässt.³ Dass sich der Angriff des Täters auf unpfändbare Gegenstände oder Werte bezog, kann zur Einstufung seines Verhaltens als Versuch⁴, allenfalls untauglicher Versuch⁵ des betrügerischen Konkurses oder Pfändungsbetrugs führen oder u.U. einen Rechtfertigungsgrund⁶ darstellen. Schliesslich können allfällige Irrtümer des Täters mit Bezug auf die Pfändbarkeit auch den Benachteiligungsvorsatz entfallen lassen.⁷

1 VE 1894 Art. 83: "... Vermögen, das ihnen (den Gläubigern) in einem Betreibungs- oder Konkursverfahren zukommen sollte, ...". So auch VE 1908 Art. 98.

2 Bolli in Protokoll Expertenkommission II, Bd. 3, S.67 und Vorschlag der Redaktionskommission in Protokoll Expertenkommission II, Bd.4, S.28

3 Das Veräussern, Zerstören, Verheimlichen usw. von Kompetenzvermögen kann zwanglos als "tatsächliche oder scheinbare Vermögensverminderung" qualifiziert werden.

4 Der Erfolg der Tat bleibt aus; vgl. hinten S. 175 ff. und 198 f.

5 Vgl. hinten S. 202 f.

6 Vgl. hinten S. 221 f.

7 Vgl. hinten S. 189 f.

Im Hinblick darauf, dass die Benachteiligung der Gläubiger in einem Zwangsvollstreckungsverfahren¹ den Erfolg und damit den eigentlichen Unrechtsgehalt² des betrügerischen Konkurses und des Pfändungsbetrugs ausmacht, erscheint es angebracht, die Frage der Pfändbarkeit des angegriffenen Vermögenswerts für den Zeitpunkt von Pfändung oder Konkurs-eröffnung zu beurteilen.³

Der tatbestandsmässige Angriff des Schuldners muss sich schliesslich auf ihm im Zeitpunkt der Handlung zustehendes Vermögen beziehen bzw. auf aufgrund bereits bestehender Rechtsverhältnisse zukünftig anfallende Werte und Ansprüche.⁴ Der Schuldner muss Eigentümer des betreffenden Gegenstandes, Inhaber des betreffenden Immaterialgüterrechts oder Anspruchsberechtigter aus dem fraglichen obligatorischen Rechtsverhältnis sein. Beschlägt die tat-

1 Vgl. hinten S. 167 ff.

2 Caspar, S.29

3 Der Erfolg wird hier in der Regel ausbleiben. Auf einen Zeitpunkt vor der Konkurseröffnung bzw. Pfändung abzustellen wäre widersinnig. In diesem Sinne wohl Caspar, S.31 f.; Kunz, S.76 und S.79; Haefliger, S.102 f.; ZR 67 (1968) Nr.70; abweichend scheinbar: ZR 55 (1956) Nr. 133; BGE 97 IV 20 f. und 103 IV 232 f.. Die erwähnten Entscheide befassen sich indessen nicht ausdrücklich mit dieser Frage; zum Einfluss der Unpfändbarkeit auf den Erfolgseintritt, vgl. hinten S. 175 ff. .

4 ZR 52(1953)Nr. 108; ZR 55(1956)Nr.133; B1SchK 1956 S. 63 f.; Maximen 1952 Nr.148; BGE 103 IV 232 f.; 105 IV 320 f.

bestandesmässige Handlung Gegenstände oder Werte, welche sich bloss im Besitze oder im Gewahrsam des Schuldners befinden, so fehlt es an einem objektiven Tatbestandsmerkmal von Art. 163 und Art. 164 StGB und es kommt lediglich Bestrafung wegen eines Verstosses gegen Art. 323 Ziff. 4 StGB oder wegen untauglichen Versuchs in Betracht.¹ Ob ein bestimmter Vermögenswert, welcher Gegenstand des Angriffs des Täters bildete, im Zeitpunkt der Handlung dem Schuldner zustand bzw. im Zeitpunkt von Pfändung oder Konkurseröffnung zur Befriedigung der Gläubiger hätte herangezogen werden können, ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen. Bestanden im Moment der Tat Zweifel hierüber, nahm jedoch der Täter die Handlung gleichwohl vor, so kann dies lediglich einen Einfluss auf das Vorliegen des erforderlichen subjektiven Tatbestands haben.² Laufen im Moment des Strafverfahrens bereits allfällige Aussonderungsprozesse, Widerspruchsprozesse³ oder Beschwerdeverfahren zur Abklärung umstrittener Eigentumsverhältnisse bzw. zur Feststellung der Pfändbarkeit⁴ von Vermögenswerten so dürfte es angezeigt sein, die Strafunter-

1 Kunz, S. 76

2 Es kann Eventualvorsatz gegeben sein oder der Vorsatz kann ganz entfallen; vgl. dazu hinten S. 190.

3 Art. 106 f. SchKG und Art. 242 SchKG. Im Konkursverfahren kann bereits die Konkursverwaltung bzw. die 2. Gläubigerversammlung über die Herausgabe an Dritte beschliessen, ohne es auf einen Prozess ankommen zu lassen. Zu beachten ist aber, dass sich diesfalls einzelne Gläubiger die Prozessführungsbefugnis abtreten lassen können; Fritzsche, Bd. II, S.134.

4 Im Falle der Pfändung steht der Entscheid hierüber dem Betreibungsamt bzw. den Aufsichtsbehörden zu, im Falle des Konkurses den Organen der Konkursverwaltung und u.U. ebenfalls den Aufsichtsinstanzen; Fritzsche, Bd. II, S.54.

suchung bis zu deren Erledigung einzustellen.¹

2.4. Zeitpunkt der strafbaren Handlung

Es ist grundsätzlich unbestritten, dass betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug sowohl vor als auch nach der Konkurseröffnung bzw. der Einleitung eines Betreibungsverfahrens begangen werden können. Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, ergeben sich indessen auf dem Wege der Auslegung trotzdem gewisse zeitliche Limiten, innerhalb welchen die strafbare Handlung begangen worden sein muss, um im konkreten Fall noch geahndet werden zu können.

Keine grösseren Probleme bieten diesbezüglich die vor den erwähnten Ereignissen liegenden Bankrotthandlungen. Sämtliche Autoren vertreten hier die Auffassung, eine Grenze in zeitlicher Hinsicht sei nicht gegeben, doch wird zu Recht darauf hingewiesen, je weiter die strafbare Handlung vor der Konkurseröffnung bzw. vor der Einleitung eines Betreibungsverfahrens liege, desto schwieriger gestalte sich der Nachweis des Vorsatzes der Gläubigerschädigung.² Immerhin muss sich nach der Lehre das deliktische Verhalten des Schuldners in jenem Zwangsvollstreckungsverfahren zum Nachteil der

1 Obwohl der Strafrichter an sich an den diesbezüglichen Entscheid des Zivilrichters nicht gebunden ist; Hauser, S. 6 f. . Widersprüche sollten jedoch soweit tunlich vermieden werden. Zu beachten ist allerdings, dass für den Strafrichter die Verhältnisse im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung massgeblich sind, soweit es um die Eigentumsverhältnisse geht.

2 Logoz, N. 4 zu Art. 163 StGB; Hafter, BT I, S. 342 f.; Caspar, S. 28; Hafter II, S. 13; Schwander, SJK 1128, S. 8; Kunz, S. 69 ff.; Germann, Verbrechen, S. 294; Thormann/von Overbeck, N. 8 zu Art. 163 StGB; BGE 89 IV 77 ff.; BGE 93 IV 91; SJZ 39 (1942/43) S. 44 Nr. 19; Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 395, 401 und Bd. 4, S. 112

Gläubiger ausgewirkt haben, welches die im konkreten Fall massgebliche objektive Strafbarkeitsbedingung (Konkurs-eröffnung/Ausstellung eines Verlustscheins) geliefert hat.¹ Somit kann sich eine zeitliche Begrenzung dadurch ergeben, dass zwischen neuer Konkurseröffnung² und strafbarer Handlung eine weitere Konkurseröffnung bzw. Ausstellung eines Verlustscheins liegt und sich diese Handlung nur im ersten Zwangsverwertungsverfahren, aber nicht mehr im zweiten, zum Nachteil der Gläubiger auswirken konnte. Zu beachten ist ferner, dass das Verheimlichen von Vermögenswerten eine Offenbarungspflicht voraussetzt, die erst mit der Eröffnung eines Arrest-, Betreibungs- oder Konkursverfahrens gegeben sein kann³. Ein diesbezüglicher Verstoss des Schuldners kann mithin stets erst nach dem Beginn der Zwangsvollstreckung vorliegen. Dasselbe muss m.E. auch gelten für das Vortäuschen von Schulden bzw. das Anerkennen vorgetäuschter Forderungen.

Caspar⁴ legt für tatsächlich oder scheinbar vermögensvermindernde Handlungen nach der Konkurseröffnung bzw. nach Einleitung eines Betreibungsverfahrens bei der Konkursbe-

1 Vgl. vorne S. 57 ff.

2 Bzw. der Ausstellung eines neuen Verlustscheins.

3 Vgl. hinten S. 154

4 Caspar, S. 28; so auch Schwander, SJK 1128, S. 8; Kunz, S. 73; Hafter, BT I, S. 343; Logoz, N. 4 zu Art. 163 StGB; Hafter II, S. 13 f.; Willi, S. 57

treibung als äusserste Grenze den Abschluss des Verfahrens fest¹, während er bei der Pfändungsbetreibung auch deliktisches Verhalten nach der Ausstellung des massgeblichen Verlustscheins² noch für möglich hält. Der erwähnten Auffassung ist im Grundsatz zuzustimmen, nicht aber der von Caspar hiefür gegebenen Begründung. Dieser stellt nämlich sinngemäss fest, später vorgenommene Handlungen könnten sich nicht mehr zum Nachteil der Gläubiger auswirken.³ Dies ist an sich richtig, vermöchte indessen eine Straflosigkeit des Täters nicht herbeizuführen.⁴ Ausschlaggebend dafür, dass Handlungen nach Abschluss des Zwangsverwertungsver-

-
- 1 Art. 195 SchKG (Konkurswiderruf), Art. 230 SchKG (Einstellung mangels Aktiven), Art. 231 Abs. 3 SchKG (Abschluss des summarischen Konkursverfahrens), Art. 268 SchKG (Abschluss des ordentlichen Konkursverfahrens). Nicht dazu gehört die Aufhebung der Konkurseröffnung auf dem Rechtsmittelweg, da es bei dieser Sachlage an einer gültigen Strafbarkeitsbedingung fehlt.
 - 2 Dies gilt m.E. indessen nur für den Fall, dass ein provisorischer Verlustschein als Strafbarkeitsbedingung dient (Art. 115 Abs. 2 SchKG), da diesfalls das Verfahren weitergeführt werden kann; vgl. auch Schwander, SJK 1128, S. 8. Abschluss des Verfahrens in der Pfändungsbetreibung und damit äusserste Grenze der Begehungsmöglichkeit eines Pfändungsbetrugs im konkreten Fall bildet die Ausstellung des definitiven Verlustscheins, sei es gemäss Art. 115 Abs. 1 SchKG in Verbindung mit Art. 149 SchKG sei es gemäss Art. 149 SchKG.
 - 3 Caspar, S. 28
 - 4 Richtig wäre für den Fall des Ausbleibens eines Nachteils die Bestrafung des Täters wegen vollendeten oder allenfalls untauglichen Versuchs, sofern die subjektiven Voraussetzungen von Art. 163/164 StGB gegeben sind. Es könnte demnach nicht gesagt werden, die nach Abschluss der Zwangsverwertung vorgenommenen Handlungen seien nicht relevant.

fahrens nicht mehr relevant und deshalb straffrei sind, ist vielmehr der Umstand, dass es für das deliktische Verhalten nach Abschluss des Zwangsverwertungsverfahrens an einer geeigneten objektiven Strafbarkeitsbedingung fehlt, denn jenes vermag sich klarerweise nicht mehr in dem Konkurs oder in der Betreibung zum Nachteil der Gläubiger auszuwirken, welches die für die Bestrafung gemäss Art. 163 oder Art. 164 StGB notwendige Strafbarkeitsbedingung liefert.¹ Fehlt es aber daran, so kann nur völlige Straflosigkeit die Folge sein, da das Vorliegen der objektiven Strafbarkeitsbedingung auch die Voraussetzung jeder Versuchsbestrafung bildet.²

Nun markiert allerdings der Abschluss des Zwangsverwertungsverfahrens lediglich den äussersten Rahmen, innerhalb welchem die Begehung eines Pfändungsbetrugs bzw. eines betrügerischen Konkurses im Einzelfall überhaupt möglich ist. Unter Umständen kann aber die Grenze weiter vorverschoben sein.

Die herrschende Lehre wendet nämlich bei Angriffen auf Vermögensstücke, die bereits in einem Konkursinventar gemäss Art. 221 ff. SchKG oder einem Güterverzeichnis gemäss Art. 162 ff. SchKG aufgezeichnet bzw. nach Art. 91 ff. SchKG

1 Vgl. vorne S. 57 ff. ; Caspar, S. 32 f.; Schwander, SJK 1128, S. 12; Haefliger, S. 101; BGE 75 IV 109 f.; 103 IV 234. Sie können allerdings in einer allfälligen späteren Zwangsvollstreckung wieder relevant sein. Willi (S. 57) weist darauf hin, dass Gesellschaften nach Abschluss des Konkursverfahrens zu existieren aufhören, weshalb sie schon aus diesem Grund nachher keine strafbaren Handlungen mehr zu verüben vermögen.

2 Vgl. vorne S. 60

gepfändet oder verarrestiert worden sind bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen ausschliesslich Art. 169 StGB an.¹ Dies bedeutet, dass für die Beschädigung, Zerstörung, Entwertung oder Unbrauchbarmachung bzw. für eigenmächtige Verfügungen² über dem Schuldner gehörendes aufgezeichnetes Vermögen bei Anwendung dieser Lehre im Rahmen von Art. 163 und Art. 164 StGB eine zeitliche Begrenzung bis zum Abschluss von Inventarisierung oder Pfändung gegeben ist. Dies jedoch nur dann, wenn es sich um tatsächlich vom Konkursinventar bzw. von der Pfändung erfasste Gegenstände und Werte handelt und sich die strafbare Handlung unter Art. 169 StGB subsumieren lässt.³ Ferner ist betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug auch mit Bezug auf aufgezeichnete Werte möglich, sofern aus irgend einem anderen Grund Art. 169 StGB nicht zur Anwendung gelangen kann.⁴ In solchen Fällen ist jedoch auf jeden Fall der allgemeine zeitliche Rahmen bis zum

1 Hafter, BT I, S. 343; Kunz, S. 71; Schwander, SJK 1128, S. 8; Caspar, S. 44 f.; Hafter II, S. 13 f.; Schwander, S. 375 Ziff. 5; PKG 1954 Nr. 39. Kritisch: Karmann, S. 49; abweichend mit Bezug auf "Beiseiteschaffen": SJZ 39 (1942/43) S. 523 Nr. 267. Vgl. zur Abgrenzungs- und Konkurrenzfrage hinten S. 235 ff.

2 Z.B. beiseiteschaffen, verheimlichen, veräussern, verstecken.

3 Schwander, SJK 1128, S. 8. Gegenstände und andere Werte können vom Konkursinventar deshalb nicht erfasst sein, weil sie später angefallen sind, weil sie verheimlicht oder aus Versehen nicht angegeben wurden. Bei der Pfändungsbetreibung ist ein Verstoß gegen Art. 164 StGB auch nach Ausstellung eines provisorischen Verlustscheins noch möglich mit Bezug auf Vermögen, das in einer ersten Pfändung nicht erfasst wurde im Hinblick auf die Möglichkeit einer Ergänzungspfändung, Nachpfändung von Amtes wegen oder Komplettierung der Pfändung auf Antrag der Gläubiger; vgl. vorne S. 126.

4 Schwander, SJK 1128, S. 8: z.B. bösgläubige Anmeldung eines Drittanspruchs mit Bezug auf einen bereits gepfändeten Gegenstand.

Abschluss des Zwangsverwertungsverfahrens zu beachten. Vortäuschung von Schulden und Anerkennung vorgetäuschter Forderungen im Sinne von Art. 163 und Art. 164 StGB können - unbekümmert um allenfalls bereits vorgenommene Pfändungen und Inventarisierungen - stets bis zum Abschluss der jeweiligen Zwangsvollstreckung verübt werden.¹

2.5. Tatsächliche oder scheinbare Vermögensverminderung im allgemeinen

2.5.1. Art. 163 und Art. 164 StGB als Erfolgsdelikte

Nach Art. 163 oder Art. 164 StGB wird bestraft der Schuldner, der "zum Nachteil der Gläubiger"² sein Vermögen tatsächlich oder scheinbar vermindert. Lehre³ und Praxis⁴ stehen heute auf dem Standpunkt, mit der erwähnten Formulierung "zum Nachteil der Gläubiger" werde vom Gesetz der aus dem strafbaren Verhalten des Schuldners oder Dritten resultierende Erfolg zum Ausdruck gebracht. Bei Art. 163 und Art. 164 StGB handle es sich eindeutig um Erfolgsde-

1 Hafter, BT I, S. 343; Hafter II, S. 13 f.; Kunz, S. 74; Logoz, N. 4 zu Art. 163 StGB

2 Bzw. "zum Nachteil seiner Gläubiger" bei Art. 164 StGB. Diese sprachliche Differenz hat jedoch keine praktische Bedeutung. Es genügt in jedem Fall, wenn ein einziger Gläubiger benachteiligt ist: Caspar, S. 29.

3 Soweit zu dieser Frage überhaupt klar Stellung genommen wird. Ausdrücklich in diesem Sinne: Caspar, S. 29; Schwander, SJK 1128, S. 9 f.; Lenherr, S. 62; Rehberg, S. 93; Stieger, S. 158; verneinend offenbar Stratenwerth, BT I, S. 285.

4 Ausdrücklich: BGE 93 IV 18; PKG 1955 Nr. 33; ZR 67 (1968) Nr. 70; RB Obergericht Thurgau 1945 Nr. 29. Sinngemäss: BGE 74 IV 97; 89 IV 82; 93 IV 92; 97 IV 21 f.; PKG 1948 Nr. 19; ZR 44 (1945) Nr. 147.

likte¹, nachdem die im Laufe der Ausarbeitung des StGB mehrmals in Betracht gezogene Konstruktion als Absichtsdelikt² vom Parlament bewusst fallengelassen worden sei.³ Damit ist grundsätzlich klar, dass der von Art. 163 und Art. 164 StGB erwähnte Nachteil für die Gläubiger nicht einfach die Tathandlung charakterisiert, sondern über diese hinausgeht und eine Wirkung⁴ derselben darstellt. Auf das Problem des erforderlichen Nachteils ist somit nicht im vorliegenden Zusammenhang⁵, sondern erst hinten bei der Besprechung des Erfolgs einzutreten.⁶

-
- 1 Erfolgsdelikte sind Delikte, die erst dann vollendet sind, wenn eine von der Tathandlung verschiedene, räumlich und zeitlich unterscheidbare Wirkung eingetreten ist, die im Tatbestand umschrieben ist und mit der Tathandlung in Kausalzusammenhang steht; vgl. Hauser/Rehberg, S. 47; Schultz, AT I, S. 114 f.; Schwander, S. 68 Nr. 133; Jeschek, S. 208 f.; Baumann, S. 131.
 - 2 VE 1896 Art. 87 (vorne S. 16), VE 1913 Art. 98 und Art. 98ter (Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 28 f.), VE 1918 Art. 140 und Art. 141 (vorne S. 23 f.)
 - 3 Seiler in Sten Bull Sonderausgabe NR, S. 747 ff.:
 ". . . Der Ständerat verlangt in Bezug auf den Dritten nicht die Schädigungsabsicht, sondern einfach die Vornahme einer im Effekt schädigenden Handlung. Es fallen also auch diejenigen schädigenden Handlungen unter Strafe, die in der Absicht der eigenen Bereicherung und ohne eigentliche Absicht der Schädigung eines Dritten ausgeführt worden sind. Unsere Kommission geht noch einen Schritt weiter, indem sie auch beim Schuldner die gleichen Voraussetzungen verlangt . . . ".
 - 4 Diese Wirkung muss mit der strafbaren Handlung im Kausalzusammenhang stehen.
 - 5 D.h. bei der Behandlung des strafbaren Verhaltens (Tathandlung).
 - 6 Vgl. hinten S. 167 ff.

2.5.2. Der Begriff der Vermögensverminderung

Eines der Hauptprobleme bei der Umschreibung der Tathandlung des betrügerischen Konkurses und des Pfändungsbetrugs bildete für den Gesetzgeber das Suchen nach einer Lösung, die einerseits den wirtschaftlichen Spielraum des Schuldners nicht unnötig stark einschränkt, andererseits aber auch den berechtigten Interessen der Gläubiger genügend Rechnung trägt. Besonders heikel, wenn nicht gar unmöglich ist es, das Gläubigerinteresse in allgemein gültiger Weise näher zu definieren. Bei sehr enger, kurzfristiger Betrachtungsweise widerspricht jede tatsächliche oder scheinbare Vermögensminderung durch den Schuldner oder Dritten im unmittelbaren Vorfeld oder während eines bereits laufenden Betreibungs- oder Konkursverfahrens dem Gläubigerinteresse insofern, als deren Verlustquote auf den bestehenden Forderungen potentiell erhöht wird. Längerfristig können jedoch auch für die Gläubiger momentan nachteilige Vermögensdispositionen nutzbringend sein, sofern sie wirtschaftlich sinnvoll und darauf ausgerichtet sind, eine bestehende finanzielle Krisensituation in absehbarer Zeit zu beheben¹. Damit ist aber auch bereits die sich aus der Sicht des Schuldners ergebende Problematik aufgezeigt: Er steht vielfach vor dem Dilemma, ob er durch eine aus wirtschaftlicher oder persönlicher Sicht notwendige oder sinnvolle Massnahme zwar kurzfristig Gläubigerinteressen in einer allfälligen Betreibung verletzen soll mit dem Ziel, dadurch längerfristig eine Sanierung herbeizuführen oder aber, ob er im Sinne eines kurzfristig verstandenen Gläubigerinteresses wirtschaftlich absolut inaktiv zu bleiben hat. Diese

1 Beispielsweise die Aufnahme von Darlehen für längerfristig sich auszahlende Investitionen.

Schwierigkeiten für den Schuldner entfallen dann, wenn über ihn bereits der Konkurs eröffnet wurde, da von diesem Zeitpunkt an die Verantwortung und Kompetenz für sein Geschäftsverhalten in weitestgehendem Umfang auf die Konkursverwaltung übergeht.¹

Haben die skizzierten Probleme ihren Niederschlag auch in der konkreten Ausgestaltung von Art. 163 und Art. 164 StGB gefunden und sind sie befriedigend gelöst? Das Gesetz umschreibt die strafbare Handlung als tatsächliche oder scheinbare Verminderung des Schuldnervermögens. Grundsätzlich bietet die Definition des Begriffs der Vermögensverminderung keine Schwierigkeiten: Entweder handelt es sich um eine Verringerung der vorhandenen Aktiven oder aber um eine Vermehrung der Passiven, das heisst um eine Vergrösserung der Schulden.² Dieser an sich klare Begriff verhindert allerdings nicht, dass bei der Anwendung im Einzelfall Probleme auftreten können. So ist zwar unbestritten, dass die Veräusserung von Vermögensgegenständen dann keine Vermögensminderung darstellt, wenn ihr eine Gegenleistung mit demselben Wert gegenübersteht³, das heisst der Gesamtwert des Vermögens im Ergebnis nicht geringer ist als vorher. Dabei kommt es nicht auf den nominellen, sondern auf den wirtschaftlichen Wert an. Ist die Gegenleistung aus irgend

1 Art. 204 SchKG; Fritzsche, Bd. II, S. 40 ff.

2 Vgl. vorne S. 113

3 Stratenwerth (BT I, S. 284) stellt mit Recht fest, dies sei nicht eine Frage des Benachteiligungsvorsatzes, sondern bereits eine solche des objektiven Tatbestandes, nämlich des Erfordernisses der Minderung des Vermögens; Germann, Verbrechen, S. 295; Schwander, SJK 1128, S. 6; Caspar, S. 24; Kunz, S. 46; Rehberg, S. 91; Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 400; BGE 93 IV 17 und 103 IV 235 f. .

einem Grund, z.B. wegen mangelnder Leistungsfähigkeit des Schuldners oder mangelndem Leistungswillen über das normale Mass hinaus gefährdet, so liegt eine Vermögensverminderung vor.¹ Dies kann - trotz wirtschaftlicher Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung - auch dann der Fall sein, wenn letztere für die besonderen Zwecke der Betroffenen unbrauchbar ist.² Im Falle der Betreibungs- und Konkursdelikte sind die Gläubiger in allererster Linie an einer Gegenleistung interessiert, welche in einer allfälligen Zwangsverwertung denselben Erlös einbringt wie der veräusserte Wert aus dem Vermögen des Schuldners. Daraus folgt, dass eine tatsächliche oder scheinbare Vermögensverminderung gemäss Art. 163 und Art. 164 StGB trotz nomineller Gleichwertigkeit dann anzunehmen ist, wenn die Gegenleistung nur zu einem schlechteren Preis verwertbar ist als die Leistung aus dem Vermögen des Schuldners.³ Zu beachten ist weiter, dass eine auch nur vorübergehende Vermögensminderung genügt. Der Anspruch auf die Gegenleistung muss mithin gleichzeitig mit der Leistung des Schuldners entstehen, wobei grundsätzlich gleichgültig ist, wann diese fällig ist.⁴ In diesem Zusammenhang ist aber nachdrücklich darauf hinzuweisen, dass u.U. der Erlös eines nicht fälligen Anspruchs in einer möglichen Zwangsverwertung merklich herabgesetzt sein kann, weshalb aus diesem Grunde eine Vermögensverminderung angenommen werden muss. Bei Dispositionen

1 Stratenwerth, BT I, S. 235; BGE 69 IV 77 f.; 73 IV 226 f.; SJZ 66 (1970) S. 152 Nr. 73

2 Stratenwerth, BT I, S. 236 f. (m.w.H.)

3 Bei diesem Wertvergleich ist somit bezüglich Haupt- und Gegenleistung auf den Wert in einer allfälligen Zwangsvollstreckung abzustellen. Nicht massgeblich ist der wirtschaftliche Nutzen im Hinblick auf die längerfristige finanzielle Situation des Schuldners; so sinngemäss auch Corrodi, S. 45.

4 Auch nicht fällige Ansprüche sind pfändbar: BGE 99 III 55 f. (mit weiteren Hinweisen).

im Rahmen eines Geschäftsbetriebs, zumal grosser Gesellschaften, kann u.U. nicht auf Anhieb klar sein, ob und in welchem Umfang eine Vermögensverminderung eingetreten ist.¹ Sobald indessen im einzelnen Fall eine solche festgestellt wird², ist nach dem Wortlaut des Gesetzes der objektive Tatbestand von Art. 163 und Art. 164 StGB, es um die Tathandlung³ geht, grundsätzlich erfüllt.

Mit Bezug auf die Berücksichtigung eines allfälligen längerfristigen wirtschaftlichen Vorteils bzw. einer bestehenden persönlichen Notwendigkeit für eine vermögensmindernde Handlung vertritt Caspar⁴ die Auffassung, eine Vermögensminderung könne im Rahmen von betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug ganz allgemein nur dann relevant⁵ sein, wenn sie ungerechtfertigt sei. Auch Hafter⁶ verwendet den

1 Caspar, S. 25; vgl. auch als Beispiel BGE 103 IV 235 ff.

2 Was vorallem bei der Beschädigung, Zerstörung oder Unbrauchbarmachung kaum je Schwierigkeiten bereiten wird: Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 395; Caspar, S. 24.

3 Zum Erfolg dieser Handlung vgl. hinten S. 167 ff. .

4 Caspar, S. 25; zum Problem allgemein vgl. vorne S. 131 f.

5 Der Begriff "relevant" ist unpräzis. Caspar unterlässt es, genau darzulegen, wie das von ihm herangezogene Kriterium der "ungerechtfertigten" Minderung dogmatisch einzuordnen ist.

6 Hafter, BT I, S. 340; Hafter II, S. 9. Hafter (BT I, S. 339) führt in diesem Zusammenhang auch aus, ein Verkauf von Vermögensstücken könne zweckmässig und notwendig sein und sich aus dem Geschäftsbetrieb als Notwendigkeit ergeben. Der Beweis des Benachteiligungsvorsatzes sei deshalb von besonderer Bedeutung.

Begriff "ungerechtfertigt" und führt dazu aus, nur das ungerechtfertigte Verbrauchen oder die ungerechtfertigte Eingehung neuer Schulden erfülle den Tatbestand. Schwander¹ bemerkt, lediglich die der Natur der Sache nicht entsprechende Entwertung durch Gebrauch, Verbrauch, Verwaltung und Geschäftsführung könnten als tatsächliche Vermögensverminderung² betrachtet werden. Mit diesen Bemerkungen bringen die genannten Autoren wohl die eingangs erwähnten wirtschaftlichen und persönlichen Gesichtspunkte ins Spiel und zwar offenbar in dem einschränkenden Sinne, dass nicht jede festgestellte Vermögensminderung den objektiven Tatbestand von Art. 163 und Art. 164 StGB erfüllt, sondern nur eine solche, welche bei einer (unter wirtschaftlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten) vernünftigen Betrachtungsweise nicht vertretbar sind. Dies bedeutet aber im Ergebnis nichts anderes als die Einführung eines zusätzlichen objektiven Tatbestandsmerkmals und ist m.E. scharf abzulehnen³. Eine Lücke im Gesetz liegt offensichtlich nicht vor⁴. Der Ge-

-
- 1 Schwander, SJK 1128, S. 7; vgl. auch Zürcher, Erläuterungen, S. 175
 - 2 Das Problem stellt sich theoretisch auch bei der scheinbaren Vermögensminderung. Praktisch wird aber das Verstecken, Verheimlichen, Beiseiteschaffen kaum je wirtschaftlich sinnvoll und gerechtfertigt sein.
 - 3 Auch das Bundesgericht hat dies in BGE 97 IV 22 zu Recht unmissverständlich abgelehnt: "... In diesen Zusammenhang ist auch die vom Beschwerdeführer angerufene Auffassung Hafters hineinzustellen, wonach bloss eine 'ungerechtfertigte' Eingehung von Schulden eine verpönte Vermögensverminderung darstellt. ... Damit wollte der genannte Autor nicht ein zusätzliches Element in den objektiven Tatbestand einführen ... sondern bloss auf den Schädigungsvorsatz Bezug nehmen; denn ob die Begründung einer neuen Schuld gerechtfertigt ist, d.h. ob der Täter einen vernünftigen Grund hat, die neue Verbindlichkeit einzugehen, betrifft die Frage nach der Art des Handlungsmotivs ...".
 - 4 Weder kann von einer echten Lücke gesprochen werden (der heutige Text ist weder unabsichtlich unvollständig geblieben noch vermittelt er keine Lösung, vgl. hinten S.137 ff.), noch kann diese Lösung als völlig unhaltbar qualifiziert werden (unechte Lücke); vgl. Schultz, AT I, S. 87 f. .

setzgeber hat das Problem der wirtschaftlich sinnvollen oder sonstwie notwendigen Vermögensminderungen im Vorfeld bzw. während eines Betreibungs- und Konkursverfahrens klar erkannt und glaubte, dieses anfänglich durch die Streichung des Passus "Eingehung neuer Schulden" lösen zu können.¹ Zweifel daran wurden bereits früh laut und es wurden Gegenvorschläge unterbreitet, welche dahin gingen, das Problem von der subjektiven Seite her zu lösen.² Es blieb jedoch zunächst bei der Streichung der erwähnten Formulierung im Rahmen des betrügerischen Konkurses und Pfändungsbetrugs.³ Da in der Folge das Schwergewicht der beiden Tatbestände ganz eindeutig auf die subjektive Seiten, nämlich das Vorliegen einer Schädigungsabsicht, verlagert wurde⁴, stellte sich das Problem nicht mehr in gleicher Schärfe: Wirtschaftlich sinnvolle und notwendige Vermögensverminderungen waren schon deshalb nicht mehr strafbar, weil nach Auffassung des Gesetzgebers dabei offenbar in der Regel die Schädigungsabsicht ohne weiteres zu verneinen war und die Strafbarkeit schon aus diesem Grunde entfiel. Dabei hatte es sein Bewenden auch nach der Streichung des Absichtsele-

-
- 1 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 394 f. und 397 f. .
 - 2 Müller (Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 397 f.) wollte das Eingehen neuer Schulden weiterhin bestrafen aber nur, wenn diese vom Schuldner im Bewusstsein eingegangen werden, dass er nicht zahlen kann. Zweifel an der Zweckmässigkeit der Streichung des erwähnten Passus liess auch Zürcher (Protokoll Expertenkommission II, Bd. 3, S. 65) durchblicken.
 - 3 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 2, S. 399 f.; Protokoll Expertenkommission II, Bd. 3, S. 24 und S. 26 (Vorschlag der Redaktionskommission vom März 1913, Art. 98 und Art. 98ter).
 - 4 Protokoll Expertenkommission II, Bd. 4, S. 28 und 30 (Vorschlag der Redaktionskommission vom September 1913, Art. 98 und Art. 98ter).

ments und der Umwandlung in ein Erfolgsdelikt im Parlament¹; somit kann auch beim jetzigen Wortlaut des Gesetzes das Problem wirtschaftlich sinnvoller und notwendiger Vermögensverminderungen nicht vom objektiven Tatbestand, sondern nur entweder von der subjektiven Seite (Vorsatz) her oder auf dem Wege der Annahme eines Rechtfertigungsgrundes gelöst werden.² Auf diesem Wege lassen sich zwar im Einzelfall durchaus angemessene Lösungen finden, es soll aber nicht verkannt werden, dass sich dem Richter bei der Ermittlung des Vorsatzes bzw. des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes sehr schwierige Probleme stellen können³ und dadurch auch für den Schuldner ein erhöhtes Risiko besteht, allenfalls wegen Verstosses gegen Art. 163 und Art. 164 StGE bestraft zu werden.

Wünschenswert wäre eine Verbesserung der Situation, etwa im Sinne der deutschen Regelung, welche beim Delikt des "Bankrotts"⁴ die tatsächliche Vermögensminderung schon

1 Sten Bull Sonderausgabe NR S. 747 ff.

2 Indem bei einer wirtschaftlich vernünftigen oder sonstwie "gerechtfertigten" Minderung der Benachteiligungsvorsatz verneint wird, wodurch Straflosigkeit eintritt. Sinngemäss: Hafter, BT I, S. 339; Hafter II, S. 8; Germann, Verbrechen, S. 296; Kunz, S. 45; BGE 97 IV 22. Zur Möglichkeit eines Verbotsirrtums oder der Annahme eines Rechtfertigungsgrundes vgl. hinten S. 218 ff., 221 f. und 226 ff. .

3 Zumal bei inneren Vorgängen spielt das richterliche Ermessen naturgemäss eine viel grössere Rolle als beim Nachweis äusserer Gegebenheiten.

4 Entspricht dem betrügerischen Konkurs im StGB; § 283 StGB.

objektiv nur dann als strafbar erklärt, wenn sie "in einer den Anforderungen einer ordnungsgemässen Wirtschaft widersprechenden Weise" vorgenommen wird.¹ Zu keinem befriedigenden Resultat führt der Versuch, zwecks Behebung der erwähnten Mängel die in Art. 163 und Art. 164 StGB enthaltene Wendung "zum Nachteil der Gläubiger" nicht als Erfolg der tatsächlichen oder scheinbaren Vermögensverminderung auszulegen, sondern im Sinne einer näheren, einschränkenden Charakterisierung des strafbaren Verhaltens selbst² und nur wirtschaftlich nicht sinnvolles oder persönlich nicht notwendiges Tun als für die Gläubiger "nachteilig" zu qualifizieren.³ Zunächst verlangen Art. 163/164 StGB einen Nachteil für die Gläubiger, wobei wie bereits vorne erwähnt, die Gläubigerinteressen sehr unterschiedlich gelagert sein können.⁴ Da aber bei den Betreibungs- und Konkursdelikten primär die kurzfristigen Interessen der Gläubiger an einer möglichst hohen Befriedigungsquote

-
- 1 § 283 StGB Ziff. 1, 2, 3 und 8. Auch diese Formulierung lässt dem Richter einen weiten Ermessensspielraum und es fragt sich, ob der Tatbestand den erforderlichen Grad an Bestimmtheit aufweist. Immerhin bietet § 283 StGB - im Unterschied zu Art. 163/164 des schweizerischen StGB - eine doppelte Barriere gegen eine ungerechtfertigte Verurteilung für wirtschaftlich sinnvolles oder persönlich notwendiges Handeln. Bei § 288 StGB (Vereiteln der Zwangsvollstreckung; entspricht Art. 164 StGB) fehlt dieses Element ebenfalls, was an sich nicht ganz verständlich ist, da auch bei der Spezialexekution solche Gesichtspunkte eine Rolle spielen können. Dies hängt aber wohl mit der Konstruktion von § 288 StGB als Absichtsdelikt zusammen.
 - 2 Etwa im Sinne einer für die Gläubiger nachteiligen Vermögensverminderung; vgl. vorne S. 131 f. .
 - 3 Dann wäre nur die wirtschaftlich objektiv nicht sinnvolle oder sonst nicht notwendige Minderung strafbar.
 - 4 Vgl. vorne S. 131 f.

im Vordergrund stehen dürften, wäre es kaum angängig, im Rahmen von Art. 163 und Art. 164 StGB eine kurzfristig vermögensmindernde, langfristig aber unter wirtschaftlichen oder sonstigen Aspekten sinnvolle und notwendige Vermögensminderung durch den Schuldner ohne ausdrückliche Statuierung im Gesetz auf dem Weg der Auslegung als nicht nachteilig zu qualifizieren. Wesentlicher ist jedoch der Umstand, dass bei einer derartigen Interpretation jeder Bezug von Art. 163 und Art. 164 StGB zum Betreibungs- oder Konkursverfahren verloren ginge. Wie dargelegt, braucht sich der Vorsatz des Täters nicht auf die objektive Strafbarkeitsbedingung zu beziehen.¹ Damit wäre im Effekt jede irgendwann vorgenommene, objektiv wirtschaftlich nicht vertretbare oder sonst nicht notwendige Verminderung des Vermögens strafbar, ohne dass sich der Schuldner überhaupt der Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung in einer allfälligen Zwangsverwertung hätte bewusst sein, geschweige denn eine solche hätte anstreben müssen, sofern nur über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt wird.

Zusammenfassend kann mithin gesagt werden, dass grundsätzlich jede Vermögensverminderung objektiv als tatbestandsmässig im Sinne von Art. 163 und Art. 164 StGB qualifiziert werden muss.

1 Vgl. vorne S. 60 und hinten S. 186

2.6. Tatsächliche Vermögensverminderung

2.6.1. Beschädigen

Der Begriff "Beschädigen" ist nach übereinstimmender Auffassung gleich auszulegen wie bei der Sachbeschädigung und bei der Veruntreuung von Pfandsachen und Retentionsgegenständen (Art. 145 und Art. 147 StGB).¹ Neben der Substanzveränderung² gehört zum Beschädigen auch die Minderung der Funktionsfähigkeit und der Ansehnlichkeit, generell also die Herbeiführung der Mangelhaftigkeit im Vergleich zum bisherigen Zustand.³ Durch die Beschädigung wird die Sache dem Zugriff der Gläubiger nicht völlig entzogen. Sie muss im Einzelfall stets eine Vermögensminderung nach sich ziehen, das heisst die betreffende Sache muss entweder überhaupt nicht mehr oder nur noch zu einem geringeren Erlös verwertbar sein.⁴ Caspar⁵ vertritt die Auffassung, die Beschädigung von Vermögenswerten führe stets zu einer Vermögensminderung. Dies trifft aber m.E. dann u.U. nicht zu, wenn für die betreffende Beschädigung eine Versicherung besteht. Mit dem Eintritt des Versicherungsfalls entsteht in der Regel ein Anspruch des Schuldners gegen die Versicherung⁶, welcher unabhängig von seiner

1 Hafter, BT I, S. 340; Hafter II, S. 8; Petrzilka, S. 210; Kunz, S. 48; Logoz, N. 3 A zu Art. 163 StGB; Thormann/von Overbeck, N. 3 zu Art. 163 StGB

2 Wie aufbrechen, zerkratzen, durchlöchern usw. eines Gegenstandes.

3 Stratenwerth, BT I, S. 209; Germann, Verbrechen, S. 272

4 Lenherr, S. 50; Kunz, S. 46 und 49

5 Caspar, S. 24

6 Allenfalls kann jedoch nach dem konkreten Versicherungsvertrag eine Leistung des Versicherers bei vorsätzlicher Beschädigung ausgeschlossen sein.

Fälligkeit zur Masse gezogen werden kann, doch ist zu beachten, dass sich u.U. die Verwertung dieses noch nicht fälligen Anspruchs schwierig gestalten kann, weshalb gleichwohl eine Vermögensverminderung anzunehmen ist.¹ Zutreffen dürfte hingegen, dass bei der Beschädigung von Vermögenswerten der Benachteiligungsvorsatz selten zweifelhaft sein wird² und diese Art der tatsächlichen Vermögensverminderung praktisch selten vorkommt, da sich der Schuldner ja in der Regel selbst bevorteilen und nicht bloss die Gläubiger schädigen will.³

2.6.2. Zerstören

Auch für diesen Begriff kann auf Art. 145 und Art. 147 StGB verwiesen werden.⁴ Er bedeutet eine völlige Vernichtung der Sachsubstanz, eine totale Aufhebung der Funktionsfähigkeit.⁵ Es kann im übrigen auf die Ausführungen zum Begriff des Beschädigens verwiesen werden.⁶

2.6.3. Unbrauchbarmachen

Dieser Tatbestandsvariante dürfte aufgrund der neueren Lehre und Rechtsprechung keine selbständige praktische Bedeutung mehr zukommen, da sowohl die Minderung als auch

1 Vgl. vorne S. 133

2 Hafter, BT I, S. 340; Hafter II, S. 8

3 Lenherr, S. 50; Kunz, S. 50

4 Hafter, BT I, S. 340; Hafter II, S. 8; Kunz, S. 48; Petrzilka, S. 210 f.; Logoz, N. 3 A zu Art. 163 StGB; Thormann/von Overbeck, N. 3 zu Art. 163 StGB

5 Stratenwerth, BT I, S. 209; Hafter, BT I, S. 219

6 Vgl. oben S. 140 f.

die völlige Aufhebung der Brauchbarkeit vom Begriff des Beschädigens erfasst wird.¹ Aeltere Auffassungen, nach denen unter "Beschädigen" bloss Einwirkungen auf die Sachsubstanz zu verstehen waren², sind überholt.

2.6.4. Entwerten

Während bei der Sachbeschädigung (Art. 145 StGB) dieser Begriff fehlt, findet er sich ausser bei Art. 163 und Art. 164 StGB auch im Rahmen der Umschreibung der Tathandlung von Art. 147 StGB. Das Bundesgericht versteht darunter eine fühlbare Herabsetzung des Wertes einer Sache oder eines Rechts³ gegenüber dem vorherigen Zustand und zwar - im Gegensatz zu den Tatbeständen des Beschädigens, Zerstörens und Veräusserns - ohne körperliche Einwirkung auf die betreffende Sache selbst.⁴ Als Tathandlung eindeutig im Vordergrund stehen demnach rechtliche Dispo-

-
- 1 Stratenwerth, BT I, S. 209; Rehberg, S. 57
 - 2 Hafter, BT I, S. 219; Thormann/von Overbeck, N. 8 zu Art. 145 StGB; Kunz, S. 49. Die von Hafter (BT I, S. 219, 226 und 340) und Thormann/von Overbeck (N. 8 zu Art. 145 StGB) aufgezählten Beispiele lassen sich alle unter den Begriff "Beschädigung" subsumieren.
 - 3 Das Beschädigen, Zerstören und Unbrauchbarmachen bezieht sich ausschliesslich auf Sachen.
 - 4 BGE 90 IV 197 f.: In jenem Beispiel wurde der Wert von verpfändeten Aktien dadurch geschmälert, dass durch Erhöhung des Aktienkapitals die als Pfandsicherheit dienenden Aktien nur noch eine Minderheitsbeteiligung darstellten. Zustimmend: Stratenwerth, BT I, S. 214; Rehberg, S. 59.

sitionen des Schuldners oder des Dritten.¹ Von einer Entwertung kann im Zusammenhang mit den Betreibungs- und Konkursdelikten wiederum nur dann gesprochen werden, wenn durch die betreffende Handlung des Schuldners der potentielle Verwertungserlös² fühlbar³ herabgesetzt ist. In der Regel wird die Entwertung auch eine tatsächliche Vermögensverminderung nach sich ziehen, was schon aus ihrer Begriffumschreibung hervorgeht. Es muss jedoch aufmerksam geprüft werden, ob nicht die Entwertung durch das gleichzeitige Entstehen allfälliger Gegenforderungen kompensiert wird.⁴ Caspar⁵ vertritt die Auffassung, als Entwertung im Sinne von Art. 163 und Art. 164 StGB seien nur solche Handlungen zu qualifizieren, welche nicht die Folge des bestimmungsgemässen Gebrauchs der Sache seien. Diese Auslegung kann m.E. de lege lata nicht zulässig sein,

- 1 Weitere Beispiele: Belastung eines Vermögenswerts mit Pfandrechten oder eines Grundstücks mit Dienstbarkeiten; vorsätzlich fragwürdige Geschäftsführung in einer Aktiengesellschaft mit dem Ziel, den Wert ihrer Aktien herabzusetzen. Auch der Fall BGE 103 IV 235 ff. ist m.E. als Entwertung einzustufen (Wertverminderung des Aktienkapitals durch Errichtung von Hypotheken).
- 2 Vgl. vorne S. 133
- 3 BGE 90 IV 198. Da sich die Schätzung eines zukünftigen Verwertungserlöses erfahrungsgemäss meist schwierig gestaltet und in der Praxis mit erheblichen Abweichungen von der Schätzung zu rechnen ist, rechtfertigt sich die Anwendung eines nicht zu kleinlichen Massstabs.
- 4 Beispielsweise Versicherungsleistungen; vgl. vorne S. 140 f.
- 5 Caspar, S. 25. Schwander (SJK 1128, S. 7) spricht von einem der Natur der Sache nicht entsprechenden Gebrauch, Verbrauch, Verwaltung und Geschäftsführung, die als relevante Vermögensverminderung in Betracht fielen.

so wünschbar sie im Ergebnis auch sein mag. Wie vorne ausgeführt, erklärt das StGB jede Vermögensminderung als strafbar, ohne zu differenzieren, ob diese im Einzelfall aus irgendwelchen Gründen notwendig, sinnvoll oder gerechtfertigt erscheint.¹ Eine angemessene Behandlung (Straflosigkeit) solcher Verhaltensweisen kann nur mittels Verneinung des Benachteiligungsvorsatzes bzw. Annahme eines Rechtfertigungsgrundes oder Verbotsirrtums erreicht werden.

2.6.5. Veräussern

Unter den Begriff der Veräusserung fallen sämtliche Handlungen und Rechtsgeschäfte, durch welche eine zum Vermögen des Schuldners gehörende Sache oder ein Recht² ins Eigentum oder Vermögen eines Dritten übergeführt werden. Im Vordergrund steht der Verkauf.³ Aber auch die Handschenkung sowie die Abtretung von Forderungen und Rechten muss m.E. unter den Begriff der Veräusserung subsumiert werden.⁴ Massgeblich ist dabei nicht das Eingehen der

1 Vgl. vorne S. 134 ff. .

2 Caspar (S. 24) ist offenbar der Auffassung, nur Sachen könnten veräussert werden, da er z.B. die Abtretung von Forderungen als "andere vermögensvermindernde Handlung" einstuft. Dies rührt wohl von einer engen Auslegung des Begriffs "Vermögensstücke" her. Dafür besteht jedoch kein Anlass, und es dürfte sich um eine sprachliche Ungenauigkeit im Gesetz handeln. Besser wäre der Begriff "Vermögenswerte".

3 BGE 93 IV 19

4 Schwander, SJK 1128, S. 6 f. und sinngemäss BGE 93 IV 97. Abweichend Caspar, S. 24, und Rehberg, S. 92.

Verpflichtung. Die tatsächliche Vermögensverminderung durch Veräußerung tritt erst ein mit dem der Verpflichtung entsprechenden Verfügungsgeschäft.¹ Die vorübergehende Verminderung genügt: Freiwillige Rückgabe des betreffenden Gegenstandes durch den Erwerber oder erfolgreiche Klagen ändern am Vorliegen einer tatsächlichen Vermögensminderung im Sinne von Art. 163 und Art. 164 StGB nichts.² Allenfalls kann dadurch der Eintritt eines Nachteils für die Gläubiger, das heisst des Erfolgs verhindert werden.³

2.6.6. Andere tatsächlich vermögensvermindernde Handlungen

In erster Linie ist hier die Eingehung neuer Schulden, das heisst die Vermehrung der Passiven zu nennen.⁴ Selbstverständlich stellt dies wiederum nur dann eine tatsächliche Vermögensminderung dar, wenn ihr keine gleichwertige Gegenleistung in Form eines Aktivums gegenübersteht. Ob das Schuldenmachen gerechtfertigt ist oder nicht, wie einige Autoren⁵ wohl zurückgehend auf Hafter annehmen, spielt m.E. wie erwähnt⁶ keine Rolle.

1 Z.B. nicht mit der Eingehung des Schenkungsversprechens, sondern erst mit der Vornahme der Schenkung oder erst mit der Uebergabe der Kaufsache; RB TG 1945 Nr. 29 a.E. . Das Eingehen der Verpflichtung kann u.U. als "andere vermögensmindernde Handlung" eingestuft werden (Eingehung neuer Schulden).

2 Kunz, S. 46

3 Vgl. hinten S. 169 und 199

4 Kunz, S. 51; Hafter, BT I, S. 340; Hafter II, S. 9; Schwander, SJK 1128, S. 6 f.; Rehberg, S. 92; Germann, Verbrechen, S. 295; Thormann/von Overbeck, N. 3 zu Art. 163 StGB; Logoz, N. 3 A zu Art. 163 StGB; Löffler, S. 84; BGE 84 IV 162 (= Praxis 48 [1959] Nr. 54); 97 IV 21; 102 IV 23 (betrifft Art. 165 StGB)

5 Vgl. die vorne S. 134 Anm. 4 und 6 und 135 Anm. 1 erwähnten Zitate.

6 Vgl. vorne S. 134 ff.

Weiter dürfte in diesen Zusammenhang zu stellen sein der Verzicht bzw. Erlass von dem Schuldner zustehenden Forderungen und Rechten¹ ohne gleichwertige Gegenleistung. Schwander² erwähnt als Beispiel u.a. den Erbverzicht und die Ausschlagung einer Erbschaft, ferner die Unterlassung einer Klage auf Herabsetzung oder Ungültigkeit. Letzteres erscheint indessen in verschiedener Hinsicht als problematisch, so mit Bezug auf das Vorhandensein einer Rechtspflicht zur Einreichung solcher Klagen als unerlässliche Voraussetzung der Garantenpflicht beim Unterlassungsdelikt³, dann aber auch mit Bezug auf die Tatbestandsmässigkeit, da das Resultat der erwähnten Klagen lediglich in einer Vermehrung der Aktiven des Schuldners bestehen und deren Unterlassung deshalb keinesfalls die von Art. 163 und Art. 164 StGB vorausgesetzte Vermögensverminderung zur Folge haben kann.⁴

Erwähnt wird endlich auch das Verbrauchen.⁵ Eine genauere

- 1 Kunz, S. 51; Caspar, S. 24; Hafter, BT I, S. 340; Hafter II, S. 9; Germann, Verbrechen, S. 295; Logoz, N. 3 A zu Art. 163 StGB. Schwander (SJK 1128, S. 6 f.) erwähnt diesen Sachverhalt ebenfalls, rechnet ihn jedoch offenbar zur "Veräusserung", was indessen begrifflich nicht stimmen kann.
- 2 Schwander, SJK 1128, S. 7. Ist die angefallene Erbschaft überschuldet, bildet sie überhaupt kein Aktivum im Vermögen des Schuldners, weshalb bei der Ausschlagung diesfalls ohnehin keine Vermögensverminderung vorliegen kann. Zu beachten ist auch, dass die Erbanwartschaften hinreichend konkret sein müssen, da sonst überhaupt nicht von einem Vermögensbestandteil des Schuldners gesprochen werden kann und deshalb auch keine Vermögensverminderung möglich ist; Stratenwerth, BT I, S. 232 (mit weiteren Hinweisen). Auch die Pfändbarkeit kann fraglich sein.
- 3 Schultz, AT I, S. 112; Meyer, S. 98 ff.
- 4 Schlechtestenfalls bleibt es bei einer Beibehaltung des Status quo. Das Unterlassen einer Vermögensvermehrung kann nicht strafbar sein, weil Art. 163 und Art. 164 StGB dem Schuldner diesbezüglich keine Verpflichtung auferlegen.
- 5 Kunz, S. 51; Caspar, S. 25; Hafter, BT I, S. 340; Hafter II, S. 9; Thormann/von Overbeck, N. 3 zu Art. 163 StGB

Definition dieses Begriffs fehlt, doch dürfte darunter jede Verminderung des vorhandenen Aktivvermögens für persönliche Bedürfnisse oder sonstwie zugunsten oder im Interesse des Schuldners zu verstehen sein.¹ Auch die Dereliktion² kann dieser Gruppe zugeordnet werden, nicht aber nach meiner Auffassung die Handschenkung und die Forderungsabtretung.³

Nochmals sei nachdrücklich darauf hingewiesen, dass die in der Praxis möglichen Varianten tatsächlicher Vermögensverminderung äusserst vielfältig sein können. Wesentlich ist indessen einzig, ob der gesetzliche Oberbegriff⁴ zutrifft und nicht, welcher der im Gesetz genannten Beispielfälle.

2.7. Scheinbare Vermögensverminderung

2.7.1. Vorbemerkungen

Die scheinbare Vermögensverminderung besteht zum einen in einem Verhalten des Täters, durch welches ein geringerer

1 Z.B. Verbrauch von Geld oder Vorräten. Das Wort "brauchen" deutet auf eine enge Beziehung zur Person des Schuldners hin und impliziert das Bestehen einer Notwendigkeit. Wie vorne dargelegt, spielt jedoch objektiv keine Rolle, ob das Verhalten gerechtfertigt war oder nicht.

2 Caspar, S. 24

3 Caspar, S. 24. Bei diesen Rechtsgeschäften dürfte es sich um Veräusserungen handeln wie übrigens auch bei der von Schwander (SJK 1128, S. 7) genannten gemischten Schenkung. Die Grenze zwischen Veräussern und Verbrauchen wird indessen vielfach schwierig zu ziehen sein.

4 Tatsächliche Vermögensverminderung.

als der wirkliche Vermögensbestand vorgespiegelt wird.¹

Dieses täuschende Verhalten kann in der Praxis verschiedene Formen annehmen. So gehört dazu die Abgabe von tatsachenwidrigen Erklärungen², die Vornahme von fingierten Rechtsgeschäften³ oder jede andere Handlung, der nach den Anschauungen im sozialen Verkehr Erklärungswert zukommt.⁴ Wesentlich ist bloss, dass das betreffende Verhalten nach aussen hin den Charakter einer wirklichen Vermögensverminderung aufweist bzw. geeignet ist, bei Dritten diesen Eindruck zu erwecken und damit über den wirklichen Vermögensbestand des Schuldners hinwegzutäuschen.⁵ Keinen Einfluss auf die Qualifikation eines Verhaltens als scheinbare Vermögensminderung hat indessen, ob ein Irrtum des Dritten, beispielsweise des Betreibungs- oder Konkursbeamten, nachgewiesen ist.⁶ Es handelt sich dabei um eine Frage des Erfolgseintritts, die von jener des Vorliegens einer strafbaren Handlung klar zu trennen ist.

-
- 1 Stratenwerth, BT I, S. 284; Rehberg, S. 92; BGE 85 IV 219; 102 IV 173. Caspar (S. 25 Anm. 47) sieht täuschende Elemente nur beim Tatbestand des "Vortäuschens von fingierten Forderungen", was m.E. jedoch zu eng ist. Zum Begriff der Minderung des Vermögens vorne S. 131 ff. .
 - 2 Z.B. fälschliche Bezeichnung eines Vermögensstücks als Dritteigentum, Anerkennung von fingierten Forderungen, Erklärung, alles Vermögen angegeben zu haben, u.U. auch das Schweigen.
 - 3 Z.B. Scheinveräusserungen, Scheinabtretungen, Begründung fingierter Forderungen. Alle diese Geschäfte sind von den Parteien gar nicht gewollt. Die Täuschung besteht darin, dass Dritte einem solchen Geschäft eine Bedeutung zumessen, welche ihm in Wirklichkeit gar nicht zukommt.
 - 4 Stratenwerth, BT I, S. 219
 - 5 Die Täuschung besteht darin, dass der Erklärungsinhalt nicht mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt.
 - 6 So auch Stratenwerth (BT I, S. 284), der dazu ausführt, es genüge die Verschleierung an sich. Ob sie durchschaut werde bzw. ob ihr wirksam entgegengetreten werden könne, spiele keine Rolle; vgl. auch Rehberg, S. 92.

Keine unmittelbar täuschenden Elemente enthalten dagegen das Beiseiteschaffen bzw. Verstecken von Vermögenswerten und das Veranlassen Dritter zur Geltendmachung vorgetäuschter Forderungen. Diese Verhaltensweisen spielen sich in der Regel heimlich ab oder sind zumindest nicht darauf angelegt, in der Aussenwelt (bei den Gläubigern, beim Konkurs- oder Betreibungsamt) eine unmittelbare Erklärungswirkung auszulösen.¹ Es handelt sich dabei in der Regel um blossе Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf spätere Täuschungsmanöver.²

2.7.2. Beiseiteschaffen

Der Begriff des "Beiseiteschaffens" von Vermögensstücken bietet ausserordentliche Auslegungsschwierigkeiten³, für welche weder in der Lehre noch in der Praxis (sie nimmt zur Frage kaum und nur beiläufig Stellung) befriedigende Lösungen angeboten werden. Die meisten Autoren definieren diese Tatbestandsvariante als Verschiebung von Vermögen an einen Ort, wo es in seinem Wert erhalten bleibt, aber

-
- 1 Entscheidend ist in diesen Fällen, ob das Verhalten des Täters objektiv geeignet war, den betreffenden Wert der Kenntnis bzw. dem Zugriff der Gläubiger oder der Ämter zu entziehen; vgl. hinten S. 152
 - 2 So sinngemäss Caspar (S. 26), der von einem "Mittel zur Verheimlichung von Vermögensstücken" spricht; vgl. auch Löffler, S. 84 und Schwander, SJK 1128, S. 7.
 - 3 Insbesondere auch die Abgrenzung zum "Verheimlichen" ist problematisch; vgl. Germann, Verbrechen, S. 296.

vom Konkurs- oder Betreibungsamt nicht entdeckt wird¹
oder für dieses nicht greifbar² ist.³ Ob eine Ortsverän-
 derung notwendig sei, ist allerdings umstritten.⁴ M.E.
 sollte dieses letztgenannte Erfordernis nicht zur Voraus-
 setzung des Beiseiteschaffens gemacht werden, sondern
neben der örtlichen Verschiebung jede Entfernung aus dem
Herrschaftsbereich des Schuldners und die scheinbare Ueber-
tragung ins Vermögen eines Dritten unter diesem Begriff

- 1 Klassischer Fall ist das Verstecken, das heisst einen Gegenstand oder Wert dem Blick oder der Kenntnis des Betreibungs- oder Konkursamtes entziehen: BGE 88 IV 225.

In BGE 93 IV 92 rechnet das Bundesgericht das Fortschaffen und Verstecken, das heisst auch das örtliche Verschieben, zum Verheimlichen von Vermögenswerten, was m.E. aber nicht richtig sein kann; vgl. zum Verheimlichen hinten S. 153 ff. . In diesem Sinne auch BGE 102 IV 147 (Abholen eines Guthabens bei der Bank und Verstecken zuhause).

Beiseiteschaffen als örtliche Verschiebung: SJZ 62 (1966) S. 234 ff. Nr. 145; RB Obergericht Thurgau 1945 Nr. 29;

Qualifikation des Versteckens als Beiseiteschaffen: ZR 68 (1969) Nr. 39;

Qualifikation des Versteckens als Beiseiteschaffen und Verheimlichen: SJZ 39 (1942/43) S. 523 Nr. 267;

Qualifikation des Versteckens und Vorenthaltens (gegenüber dem Betreibungsamt) als Verheimlichen: ZR 67 (1968) Nr. 70 .

- 2 Z.B. bei Verbringen ins Ausland

- 3 Caspar, S. 26; Hafter, BT I, S. 340; Hafter II, S. 9; Petrzilka, S. 211; Logoz, N. 3 B zu Art. 163 StGB; Lenherr, S. 51; Willi, S. 61

- 4 Ausdrücklich verneinend: Kunz, S. 52; Corrodi, S. 45; Lenherr, S. 51.

subsumiert werden.¹ Damit ist gleichzeitig festgestellt, dass Schuldnervermögen sowohl durch tatsächliches Handeln als auch durch fingierte Rechtsgeschäfte im Sinne von Art. 163 Ziff. 1 Abs. 3 und Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB beiseitegeschafft werden kann, da auch im letzteren Fall der betreffende Vermögenswert vollumfänglich im Vermögen des Schuldners verbleibt.² Das Beiseiteschaffen wird in der Regel heimlich stattfinden³; ausgenommen ist das Verbringen von Vermögen ins Ausland.

Meiner Ansicht nach darf bei der Frage, ob eine scheinbare Vermögensverminderung durch Beiseiteschaffen vorliegt, nicht darauf abgestellt werden, ob der Betreibungs- und Konkursbeamte später den örtlich verschobenen oder mittels fingiertem Rechtsgeschäft übertragenen Wert tatsächlich entdeckt und der Masse noch zuführen kann oder nicht.⁴ Dadurch

- 1 Dies hat praktische Auswirkungen insbesondere bei der fingierten Uebertragung von Immobilien und Rechten, da hier keine Ortsveränderung im eigentlichen Sinn stattfinden kann. Beim von Lenherr (S. 51) erwähnten Beispiel des Verkaufs einer Liegenschaft unter dem Verkehrswert handelt es sich allerdings um eine tatsächliche Vermögensminderung. Bei fingierter Uebertragung von beweglichem Vermögen wird dem Rechtsgeschäft meist auch eine örtliche Verschiebung durch Uebergabe an Dritte folgen.
- 2 Petrzilka, S. 211; Hafter, BT I, S. 340 Anm. 2; Hafter II, S. 9 Anm. 2 (mit Hinweisen auf ältere Praxis); Germann, Verbrechen, S. 296; Kunz, S. 58; Corrodi, S. 45; Lenherr, S. 51. Entscheid des Basler Strafgerichts vom 27.9.46 (zit. bei Kunz, S. 54).
- 3 Bei öffentlicher Vornahme besteht das Risiko, wegen tatsächlicher Verminderung bestraft zu werden. Stets geheimhalten wird der Schuldner den wahren Charakter des Geschäfts.
- 4 Die vorne S. 149 f. erwähnte Definition weist bereits in dieser Richtung.

würde nämlich das Problem des tatbestandsmässigen Verhaltens in unzulässiger Weise mit demjenigen des Erfolgseintritts vermischt.¹ Massgeblich muss m.E. sein, ob im Einzelfall eine Vermögensverschiebung objektiv geeignet war, den betreffenden Vermögenswert der Kenntnis von Gläubigern und Betreibungsamt zu entziehen², wobei die Verhältnisse im Einzelfall genau abzuklären sind.³

"Beiseiteschaffen" gemäss Art. 163 Ziff. 1 Abs. 3 und Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB kann demgemäss definiert werden als Vornahme einer Handlung bzw. eines fingierten Rechtsgeschäfts, durch welches ein Vermögenswert des Schuldners entweder örtlich verschoben oder scheinbar ins Vermögen eines Dritten übertragen wird, sofern die betreffende Handlung oder das

-
- 1 Das Bedürfnis, auf den Erfolg abzustellen, rührt wohl daher, dass die Begriffe "dem Blick oder der Kenntnis" bzw. dem "Zugriff" entziehen sehr schwierig zu definieren sind und in gewissem Sinne ebenfalls einen Erfolg zum Ausdruck bringen. Ist beispielsweise das Verbringen eines Gegenstands an einen als Versteck völlig ungeeigneten Ort, wo er leicht aufzufinden ist, bereits "Beiseiteschaffen"? Die Frage kann leichter mit ja beantwortet werden, wenn der Gegenstand vom Betreibungsamt trotzdem nicht entdeckt worden ist bzw. nicht zur Masse gezogen werden kann; vgl. auch BGE 85 IV 219 f.; 93 IV f.; 102 IV 175.
 - 2 Ist dies der Fall, entdeckt aber der Betreibungsbeamte oder Gläubiger den beiseitegeschafften Gegenstand trotzdem (vielleicht aus Zufall), so liegt Versuch vor, falls der Vorsatz intakt ist. Bei Verbringen an einen völlig ungeeigneten Ort bzw. Vornahme eines zum vorgesehenen Zweck völlig ungeeigneten Geschäfts entfällt allerdings die Möglichkeit eines untauglichen Versuchs, vgl. hinten S. 201 Anm. 2.
 - 3 Jeder kann vor Anhebung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens seine Vermögenswerte an jedem beliebigen Ort (z.B. in einem Versteck) aufbewahren. Belässt er sie dort, so kann nicht von Beiseiteschaffen gesprochen werden. Aber auch nicht jedes Versorgen in einer anderen Schublade erfüllt den Tatbestand. Wiederum wird es auch hier entscheidend auf den Vorsatz des Täters ankommen.

Rechtsgeschäft objektiv geeignet waren, den Vermögenswert der Kenntnis, dem Blick oder dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen.

2.7.3. Verheimlichen

Bei dieser Tatbestandsvariante handelt es sich um die in der Praxis am weitaus häufigsten vorkommende. Von "Verheimlichen" eines Vermögenswerts wird dann gesprochen, wenn bei der Pfändung oder Verarrestierung, bei Aufnahme des Güterverzeichnisses oder beim Konkursinventar das Vermögen nicht vollständig angegeben, das heisst gewisse Werte verschwiegen werden¹, der Täter also gegenüber dem Beamten falsche Angaben und Erklärungen betreffend Vorhandensein bestimmter Gegenstände und Werte abgibt und sie so dessen Kenntnis vorenthält.² Vom blossen Beiseiteschaffen unterscheidet sich das Verheimlichen insofern, als dieses eine Täuschung voraussetzt, das heisst einen für Drittpersonen wahrnehmbaren Erklärungswert aufweisen muss.³ Damit eng zusammen hängt die Feststellung, dass Vermögenswerte erst dann verheimlicht werden können, wenn ein Betreibungs- oder Konkursverfahren im Gang ist bzw. ein Arrest, eine Pfändung, die Aufnahme eines Güterver-

1 Caspar, S. 26; Karmann, S. 34; Schwander, SJK 1128, S. 7; Kunz, S. 53; Lenherr, S. 51 ff.; Corrodi, S. 45; Willi, S. 61; BGE 70 IV 75; 74 IV 95 ff.; 88 IV 25; 89 IV 84; 93 IV 92; 102 IV 174; 105 IV 321; SJZ 52 (1956) S. 111 Nr. 53; PKG 1955 Nr. 33; ZR 45 (1946) Nr. 65; ZR 68 (1969) Nr. 39

2 Schwander, SJK 1128, S. 7; Kunz, S. 53; Lenherr, S. 51 ff.; Willi, S. 61; BGE 88 IV 25; 102 IV 173; PKG 1948 Nr. 19; BlSchK 1956 S. 63 Nr. 21; ZR 67 (1968) Nr. 70
Das Verheimlichen setzt mithin das Vorhandensein eines Vermögenswerts begrifflich voraus. Bei Fehlen könnte nicht von einer Minderung des Vermögens gesprochen werden.

3 Das Beiseiteschaffen erfolgt dagegen in der Regel heimlich; vgl. vorne S. 151. Es bildet oftmals die Vorbereitung für das spätere Verheimlichen.

zeichnisses oder eine Inventarisierung vorgenommen wird.¹
 Dies deshalb, weil grundsätzlich niemand gehalten sein kann, sein Vermögen offenzulegen oder für jedermann zugänglich aufzubewahren, bevor nicht eine gesetzliche Auskunftspflicht² ihn dazu anhält.³

Im Prinzip können alle dem Schuldner irgendwie zustehenden Vermögenswerte in einem wirtschaftlichen Sinn verstandenen Gegenstand einer Verheimlichung sein, so hinreichend konkretisierte Anwartschaften⁴, andere Forderungen und geld-

- 1 So ausdrücklich Lenherr, S. 51; Caspar, S. 26. Letzterer macht allerdings die einschränkenden Bemerkungen, das Verheimlichen werde meist in direktem Zusammenhang mit dem Zwangsverwertungsverfahren vorgenommen. Diese Einschränkung ist m.E. aber nicht angebracht; vgl. auch Willi, S. 61 und vorne S. 125.
- 2 Eine Auskunftspflicht ergibt sich aber erst nach der Eröffnung eines Zwangsverwertungsverfahrens. Ueber Bedeutung und Umfang der Auskunftspflicht vgl. hinten S. 156 ff. und vorne S. 98 ff. .
- 3 In BGE 89 IV 82 ff. hat das Bundesgericht ausgeführt, Pfändungsbetrugshandlungen könnten schon ausserhalb des Zwangsverwertungsverfahrens begangen werden. Dies trifft, wie vorne ausgeführt (S. 124), grundsätzlich zu. Der erwähnte Entscheid scheint dies auch ganz allgemein für die Tatbestandsvariante des Verheimlichens festzustellen. Im vom Bundesgericht beurteilten Fall ging es um Nichtangabe von Vermögenswerten in einem der Zwangsvollstreckung vorgeschalteten Arrestverfahren, in welchem ebenfalls eine gesetzliche Auskunftspflicht besteht. M.E. kann es ein Verheimlichen ausserhalb der eigentlichen Zwangsverwertung nur in derartigen Fällen geben. Ohne das Arrestverfahren hätte das Bundesgericht in BGE 89 IV 82 ff. nicht wegen Verheimlichens bestrafen können.
- 4 Caspar, S. 26; BGE 105 IV 319 ff.; BLSchK 1965 S. 63 Nr. 21; ZR 55 (1956) Nr. 133; SJZ 52 (1956) S. 111 Nr. 53

werte Ansprüche¹, Sachen², Geld, Bankdepots und -guthaben³, immaterielle Rechte.⁴ Zu Unsicherheiten Anlass gegeben hat die Frage, ob auch die fälschliche Bezeichnung eines dem Schuldner gehörenden Vermögenswerts als Dritteigentum unter den Begriff "Verheimlichen" subsumiert werden könne. Bejaht wird dies vom Obergericht Luzern⁵ sowie von Lenherr⁶, sinngemäss wohl auch von Hafter.⁷ Die meisten Autoren sowie die Praxis scheinen dagegen eher der Auffassung zuzuneigen, beim genannten Sachverhalt handle es sich um eine scheinbare Vermögensminderung ganz allgemein, nicht um ein Verheimlichen.⁸ Diese letztere Auffassung

1 BGE 74 IV 95 ff.; auch solche, die in Wertpapieren verkörpert sind: BGE 93 IV 91; ZR 45 (1946) Nr. 56; ZR 68 (1969) Nr. 39

2 BGE 70 IV 75 ff.; 74 IV 95 ff.; 88 IV 21 ff.; 89 IV 84 ff.; PKG 1948 Nr. 19; PKG 1955 Nr. 33

3 BGE 89 IV 84 ff.; 102 IV 172 ff.; ZR 68 (1969) Nr. 39

4 Strafgericht Baselstadt 8.6.51 (zit. bei Kunz, S. 55); ZR 52 (1953) Nr. 108. Zum Vermögen als Angriffsobjekt vgl. eingehend vorne S. 118 ff., insbesondere S. 122 f. .

5 SJZ 56 (1960) S. 44 Nr. 19

6 Lenherr, S. 52

7 Hafter, BT I, S. 340 Anm. 2 und Hafter II, S. 9 Anm. 2 . Hafter kleidet seine Aussage allerdings in Frageform. Beiläufig auch BGE 102 IV 173 f. .

8 Caspar (S. 27), Stratenwerth (BT I, S. 284) und Germann (Verbrechen, S. 296) bringen dies am klarsten zum Ausdruck. Haefliger (S. 104), Schwander (SJK 1128, S. 8), Kunz (S. 57), BGE 85 IV 219 f. sowie Appellationsgericht Baselstadt 16.1.34 (zit. bei Kunz, S. 57 und Germann, Verbrechen, S. 296) bezeichnen den Sachverhalt auf jeden Fall als scheinbare Verminderung, lassen jedoch offen, ob es sich um ein Verheimlichen handle. Immerhin wird jeweils angetönt, dass sie eher nicht dieser Auffassung sind. Weder ein Verheimlichen noch eine scheinbare Vermögensminderung allgemein nimmt das Bezirksgericht Horgen in ZR 44 (1945) Nr. 147 an.

dürfte m.E. zutreffen, da aufgrund der eingangs erwähnten Definition¹ unter Verheimlichen doch eher die Täuschung über das Vorhandensein eines Vermögenswerts und nicht eine falsche Angabe über bestehende Rechtsverhältnisse an einem an sich bekanntgegebenen Wert zu verstehen ist.²

Wie bereits erwähnt³, ist ein Verheimlichen von Vermögenswerten begrifflich nur dann denkbar, wenn eine Pflicht zur Offenbarung der finanziellen Verhältnisse durch den Schuldner besteht und Aktiven tatsächlich vorhanden sind.⁴

Die Einzelheiten der im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Auskunftspflicht ergeben sich aus den Vorschriften des SchKG.⁵ Sie entsteht im Rahmen des Konkursverfahrens entweder bei der Aufnahme des Güterverzeichnisses nach Zustellung der Konkursandrohung (Art. 163 SchKG) oder aber bei der Aufnahme des Konkursinventars nach der Konkurseröffnung (Art. 222 SchKG), bei der Pfändungsbetreibung entweder bei der Aufnahme des Güterverzeichnisses nach provisorischer Rechtsöffnung (Art. 83 Abs. 1 SchKG) oder

1 Vgl. vorne S. 153

2 Ein den Gläubigern bzw. dem Betreibungs- oder Konkursamt bekannter Gegenstand oder Wert kann demzufolge nicht mehr verheimlicht werden.

3 Vgl. vorne S. 98 ff. und 154

4 Gibt der Schuldner dem Betreibungs- oder Konkursbeamten keine Auskunft, fehlen aber irgendwelche in seinem Eigentum stehende Werte, so begeht er keine scheinbare Minderung des Vermögens durch Verheimlichen, sondern allenfalls ein Ungehorsamsdelikt.

5 Caspar (S. 26) vertritt die Auffassung, es sei nicht so sehr auf die Formalitäten des Betreibungsverfahrens abzustellen, z.B. ob der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber ausdrücklich zur Angabe des Anstellungsverhältnisses und der Lohnforderung aufgefordert worden seien. Es wird sich jedoch zeigen, dass den Vorschriften des SchKG in diesem Zusammenhang eine enorme Bedeutung zufällt und genau darauf zu achten ist, wie das Verfahren verlief und zu welchen Auskünften der Schuldner aufgefordert wurde.

bei der Pfändung. In allen Fällen ergibt sich eine Auskunftspflicht bereits im Rahmen eines vorgeschalteten Arrestverfahrens (Art. 275 ff. SchKG).¹ Keine Kontroversen bestehen hinsichtlich des Umfangs der Auskunftspflicht beim Konkurs: Anzugeben ist alles, was sich entweder im Gewahrsam des Schuldners oder - ohne Rücksicht auf den Gewahrsam - in seinem Eigentum befindet² und zwar unbekümmert um die allfällige Kompetenzqualität bzw. Pfändbarkeit³. Gegenstand unterschiedlicher Auffassungen bildet dagegen der Umfang der Auskunftspflicht im Rahmen von Pfändungs- und Arrestverfahren. Gemäss Art. 91 SchKG hat der Schuldner sein Vermögen nur insoweit anzugeben, als für eine genügende Pfändung bzw. für den Vollzug des Arrests nötig.⁴ Jaeger⁵ steht demgegenüber auf dem Standpunkt, es seien mit Rücksicht auf Art. 95 SchKG - mindestens auf Verlangen des Beamten - auch bei der Pfändung sämtliche Vermögenswerte zu offenbaren.⁶ M.E. ist die Auffassung

-
- 1 BGE 89 IV 82 ff. . Eine weitere zeitliche Vorverschiebung ist undenkbar.
 - 2 Fritzsche, Bd. II, S. 106 ff.; Amonn, S. 325 f.; Karmann, S. 34; Kunz, S. 78; Hafter, BT I, S. 342 Anm. 2; ZR 67 (1968) Nr. 70
 - 3 Karmann, S. 34; ZR 67 (1968) Nr. 70; Art. 222 SchKG; vgl. vorne S. 120 und 154 f.
 - 4 Schwander, SJK 1128, S. 8; Lenherr, S. 52 Anm. 2; BGE 89 IV 84; sinngemäss auch Fritzsche, Bd.I, S. 165
 - 5 Jaeger, N. 6 zu Art. 91 SchKG
 - 6 In diesem Sinne auch ZR 67 (1968) Nr. 70; Corrodi, S. 45 und mindestens nicht verneinend Hafter, BT I, S. 342 Anm. 2, Hafter II, S. 12 Anm. 1 sowie Amonn, S. 152.

Jaegers mit der von ihm gegebenen Begründung vorzuziehen.¹
Damit ist der Bereich abgesteckt, innerhalb welchem das Verheimlichen von Vermögenswerten gemäss Art. 163 und Art. 164 StGB überhaupt möglich ist.²

Das Verheimlichen selbst, die Tathandlung (Täuschung) besteht - wie eingangs³ erwähnt - in der Regel in der Abgabe falscher Erklärungen gegenüber dem Betreibungs- oder Konkursbeamten, beispielsweise in der ausdrücklichen Verneinung der Frage, ob weiteres Vermögen bzw. ob überhaupt irgendwelches Vermögen vorhanden sei⁴, oder in der Vorweisung eines fingierten Kaufvertrags.⁵ Speziell zu betrachten ist im vorliegenden Zusammenhang die rechtliche Behandlung des "Schweigens", das heisst der völligen Inaktivität oder Passivität. Unter bestimmten Umständen kann auch einem solchen Verhalten ein Erklärungswert zukommen, nämlich in den Fällen des sogenannten "qualifizierten Schweigens".⁶

-
- 1 Es ist aber im konkreten Einzelfall abzuklären, welche Aufforderung an den Schuldner seitens des Beamten ergangen ist. Fragte dieser nur nach einem bestimmten Wert und nicht nach dem vorhandenen Vermögen ganz allgemein, so hat der Schuldner letzteres nicht verheimlicht. Die betreibungsrechtliche Auskunftspflicht als solche besteht auch, wenn kein Vermögen vorhanden ist.
 - 2 Bestand im konkreten Fall keine Auskunftspflicht, so ist zu prüfen, ob allenfalls andere Tatbestandsvarianten in Frage kommen. Allenfalls liegt bloss betreibungsrechtlicher Ungehorsam vor.
 - 3 Vgl. vorne S. 153
 - 4 Bereits das Kopfschütteln oder eine verneinende Handbewegung genügt, da daraus auf eine Verneinung der Frage geschlossen werden muss. Jedes Verhalten, dem im sozialen Verkehr ein bestimmter Erklärungswert beigemessen wird, kommt grundsätzlich in Frage; Stratenwerth, BT I, S. 219; Hafter, BT I, S. 260.
 - 5 PKG 1948 Nr. 19
 - 6 Stratenwerth, BT I, S. 219; Lenherr, S. 53. Von qualifiziertem Schweigen wird dann gesprochen, wenn darin nach den Umständen eine positive Behauptung liegt.

Es muss jeweils anhand der konkreten Verhältnisse des Einzelfalls geprüft werden, ob dem Schweigen dieser Charakter zukommt.¹ Sind die Voraussetzungen nicht gegeben, so muss das Schweigen bzw. die völlige Passivität unter dem Aspekt des Unterlassungsdelikts gewürdigt werden², das heisst der Täter³ kann nur dann bestraft werden, wenn ihn eine sogenannte Garantenpflicht⁴ trifft. Dies dürfte aber im Rahmen des vorne für den Schuldner und Dritte abgesteckten Bereichs der Offenbarungs- und Auskunftspflicht (Art. 91 SchKG und Art. 222 SchKG) ohne weiteres der Fall sein.⁵ Verhält sich somit der Schuldner im Falle einer Aufforderung durch den Beamten, seine Vermögenswerte anzugeben, völlig passiv oder hüllt er sich in Schweigen, so bewirkt er eine scheinbare Vermögensminderung durch Verheimlichen

-
- 1 Blosses Schweigen auf die übliche Frage nach dem Vorhandensein von Vermögen dürfte m.E. in der Regel kein qualifiziertes Schweigen darstellen. Weitere Umstände müssten hinzutreten. Eine positive Behauptung enthielte das Schweigen beispielsweise dann, wenn der Beamte den Schuldner auffordert, sich innert Frist bei ihm zu melden, sofern ihm weitere Gegenstände in den Sinn kommen. Meldet sich dieser nicht, obwohl er weitere Werte entdeckt, so liegt darin wohl die positive Behauptung, es sei nichts Weiteres vorhanden.
 - 2 Stratenwerth, BT I, S. 223 f.
 - 3 Zum Problem der Unterlassung durch Dritte bzw. den Schuldner vgl. vorne S. 93 f. und 99 ff. .
 - 4 Zur Garantenpflicht im allgemeinen vgl. Meyer, S. 144 ff. (insbesondere S. 145, 148 und 158 ff.); Hauser/Rehberg, S. 134 und 136; Schultz, AT I, S. 118; Schwander, S. 78; Baumann, S. 248 ff.; vgl. auch vorne S. 93.
 - 5 Ziel der Statuierung dieser Auskunftspflicht des Schuldners war, wie bei derjenigen des Dritten, eine lückenlose Erfassung des Verwertungssubstrats zu ermöglichen, das heisst sie dient letztlich - wie auch Art. 163/164 StGB - dem Schutz der Gläubigerforderungen.

in Form eines Unterlassungsdelikts.¹ Selbstverständlich müssen dabei auch die subjektiven Voraussetzungen (Vorsatz) gegeben sein sowie ein Erfolg eintreten.²

2.7.4. Vortäuschen von Schulden

Bezweckt der Täter mit dem Beiseiteschaffen und dem Verheimlichen eine scheinbare Verminderung der Aktiven, so beinhaltet das Vortäuschen von Schulden eine fingierte Vermögensreduktion durch scheinbare Erhöhung der Passiven.³

Hat das Verhalten des Täters Erfolg, so wird der Anteil der wirklichen Gläubiger am Verwertungserlös reduziert, ja sie können - z.B. falls die vorgetäuschte Forderung⁴

- 1 Voraussetzung dafür ist allerdings wiederum, das Vorhandensein eines sich im Eigentum des Schuldners befindlichen Werts. Fehlt ein solcher und bleibt der Schuldner passiv, so liegt lediglich untauglicher Versuch allenfalls Verletzung von Verfahrensvorschriften vor.
- 2 BGE 88 IV 26; 102 IV 174. Das Problem der Tatbegehung durch Unterlassung wurde bisher in der Praxis überhaupt nicht erkannt. Das Bundesgericht bezeichnete in BGE 88 IV 26 das Schweigen gegenüber dem Betreibungsbeamten als Verheimlichen, wenn es in der Absicht erfolge, die Gläubiger zu schädigen; gemäss BGE 102 IV 174 liegt dann Verheimlichen vor, "wenn das Schweigen betrügerischen Charakter hat, also dazu dient, einen geringeren als den wirklichen Vermögensstand vorzutäuschen". Letzteres nimmt wieder Bezug auf das subjektive Moment, allenfalls auf das Erfordernis des tatsächlichen Vorhandenseins eines Vermögenswerts. In BGE 93 IV 92 wurde als Verheimlichen das Verschweigen durch Unterlassung der vorgeschriebenen Anmeldung gewürdigt. Alle diese Entscheide lassen es an einer klaren dogmatischen Einordnung fehlen.
- 3 Schwander, SJK 1128, S. 7; Hafter, BT I, S. 341; Hafter II, S. 10; Petrzilka, S. 211; Logoz, N. 3 B zu Art. 163 StGB; Kunz, S. 60; Willi, S. 62
- 4 Caspar (S. 27) weist mit Recht darauf hin, trotz Verwendung des Plurals im Gesetz genüge das Vortäuschen einer Schuld bzw. die Anerkennung einer Forderung.

privilegiert ist (Art. 219 SchKG) - völlig leer ausgehen.¹ Unter dem Begriff "Schulden" sind grundsätzlich auf Geldzahlung gerichtete Verbindlichkeiten zu verstehen², doch muss beachtet werden, dass im Konkursverfahren auch Verpflichtungen des Schuldners mit Sachleistungscharakter zur Teilnahme am Verfahren zugelassen sind, sofern sie sich in eine Geldforderung von entsprechendem Wert umwandeln lassen.³

Wie Schwander⁴ richtig ausführt, dürfte dem Vortäuschen in der Praxis meist der Abschluss eines fingierten Rechtsgeschäfts bzw. einer entsprechenden Abmachung mit einem Dritten vorausgehen.⁵ Die eigentliche Täuschungshandlung selbst wird wiederum in der Abgabe von wahrheitswidrigen Erklärungen⁶ gegenüber dem Betreibungs- oder Konkursamt bestehen.⁷ Auch ein Vortäuschen durch Unterlassung er-

1 Schwander, SJK 1128, S. 7; Willi, S. 62

2 Willi, S. 62. Das SchKG bezieht sich grundsätzlich auf die Zwangsvollstreckung für Geld- und Sicherheitsleistungen (Art. 38 SchKG).

3 Art. 211 SchKG; Amonn, S. 314; Fritzsche, Bd. II, S. 65. Diese letztere Möglichkeit ist somit nur im Rahmen von Art. 163 StGB von Bedeutung. Beim Pfändungsbetrug würde untauglicher Versuch vorliegen.

4 Schwander, SJK 1128, S. 7. Erforderlich ist dies aber nicht.

5 Inhalt dieser Abmachung bildet das Eingehen einer Scheinverpflichtung des Schuldners gegenüber einem Dritten. Ein solches vorbereitendes Geschäft bildet für sich allein genommen u.U. ebenfalls eine scheinbare Vermögensminderung; vgl. vorne S. 149 ff.

6 Zum Begriff Erklärung vgl. vorne S. 148, 153 und 158 f.

7 Der Schuldner gibt z.B. auf die Aufforderung des Beamten hin, die Passiven zu nennen, die fingierte Schuld an. Er kann dies auch ohne Aufforderung von sich aus tun. Auch die Angabe einer überhöhten Verpflichtung erfüllt den Tatbestand. Die Handlung muss im Verfahren selbst stattfinden, kann ihr also nicht vorausgehen, weil sie sonst nicht im Sinne einer Schmälerung der Masse relevant sein kann und ohnehin keine Auskunftspflicht besteht.

scheint denkbar, beispielsweise dann, wenn der Beamte dem Schuldner einen fingierten, eine Verpflichtung des Schuldners enthaltenden Vertrag zur Stellungnahme vorlegt, dieser sich jedoch ausschweigt.¹

2.7.5. Anerkennung vorgetäuschter Forderungen

Auch dieses Verhalten des Schuldners ist auf eine scheinbare Verringerung der Passiven ausgerichtet. In der Praxis steht die Abgabe unrichtiger Erklärungen gegenüber dem Betreibungs- oder Konkursbeamten im Vordergrund.² Tatbegehung durch Unterlassung ist möglich³ bei Dritten nur, sofern sie als Vertreter des Schuldners auftreten.⁴

2.7.6. Veranlassen Dritter zur Geltendmachung vorge- täuschter Forderungen

Der Schuldner, welcher Dritte dazu veranlasst, eine vorge-
täuschte Forderung geltend zu machen, verübt keine eigent-
liche Täuschungshandlung. Vielmehr geht er darauf aus,
einen Dritten zu einer solchen zu veranlassen. Sachlich
handelt es sich dabei um eine Anstiftung, die unter dem

1 Der Schuldner verletzt seine Aufklärungspflicht. Ein Dritter kann die Tat nur dann durch Unterlassung begehen, wenn er als Vertreter des Schuldners auftritt; vgl. vorne S. 101 f. .

2 Willi, S. 62

3 Z.B. durch die Unterlassung einer Bestreitung der Forderung im Konkurs-, Pfändungs- oder Betreibungsverfahren. Hafter, BT I, S. 341; Hafter II, S. 10; Petrzilka, S. 211; Thormann/von Overbeck, N. 6 zu Art. 163 StGB; Logoz, N. 3 B zu Art. 163 StGB; Kunz, S. 68

4 Eine entsprechende Auskunftspflicht ist nicht gegeben.

Aspekt von Art. 24 StGB zu bestrafen wäre, wenn sie nicht von den Art. 163 und Art. 164 StGB ausdrücklich als strafbar erklärt würde.¹ Die Veranlassung eines Dritten zur Geltendmachung einer vorgetäuschten Forderung stellt m.E. nur dann eine scheinbare Vermögensminderung dar, wenn das Verhalten des Schuldners Erfolg hat, das heisst der Dritte tatsächlich eine fingierte Forderung im Zwangsvollstreckungsverfahren geltend macht.² Misslingt das Vorhaben, so kommt allenfalls Bestrafung des Schuldners wegen unvollendeten Versuchs in Betracht. Tatbegehung durch Unterlassung erscheint dagegen als ausgeschlossen. Bei dieser Tatbestandsvariante ist auch der Dritte möglicher Täter.

2.7.7. Vorspiegelung eines geringeren Vermögensbestandes,
besonders durch falsche Buchführung oder Bilanz
(Art. 163 StGB)

Das Gesetz erklärt in Art. 163 StGB generell als strafbar das Vorspiegeln eines zu geringen Vermögensbestandes. Darunter ist jede Abgabe von tatsachenwidrigen Erklärungen, die Vornahme von fingierten Rechtsgeschäften oder anderen Handlungen mit Erklärungswert zu verstehen, sofern sie nach aussen hin vermögensmindernden Charakter aufweisen und geeignet sind, einen unbefangenen Dritten über den wirklichen Vermögensstand des Schuldners hinwegzutäuschen.³

1 Caspar, S. 27

2 Dies ergibt sich daraus, dass die Auslegung der einzelnen Tatbestandsvarianten stets an den entsprechenden Oberbegriffen zu orientieren ist. Die blossen Versuche, den Dritten entsprechend anzustiften, sind als solche in keiner Art und Weise geeignet, nach aussen hin den Eindruck einer scheinbaren Vermögensminderung zu erwecken. Diesen Charakter erhält das Verhalten des Schuldner erst, wenn der Dritte entsprechend vorgeht, das heisst die Anstiftungsversuche Erfolg haben.

3 Vgl. vorne S. 148

Die Täuschung kann sowohl auf eine scheinbare Reduktion der Aktiven als auch auf eine fingierte Vermehrung der Passiven abzielen. Obwohl nur im Rahmen von Art. 163 StGB erwähnt, kann die Vorspiegelung eines geringeren Vermögensstandes infolge der Generalklausel auch beim Pfändungsbetrug bestraft werden. Die Bestimmung kann als eine Art Auffangtatbestand für alle jene mittels Täuschung bewirkten scheinbaren Vermögensverminderungen betrachtet werden, welche sich nicht unter eine der anderen in Art. 163 Ziff. 1 Abs. 3 und Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB genannten Handlungsvarianten subsumieren lassen.¹

Hervorgehoben wird in Art. 163 StGB der Fall des Vorspiegelns eines zu geringen Vermögensbestandes mit dem Mittel der falschen Buchführung und Bilanz. Uebereinstimmend² wird festgestellt, es komme dabei auf die Buchführungspflicht gemäss Art. 957 OR³ nicht an; wesentlich sei

-
- 1 Z.B. wahrheitswidrige Bezeichnung eines Vermögenswertes als Dritteigentum; Abschluss eines Scheingeschäfts zwischen Schuldner und Drittem beinhaltend eine Verpflichtung des Schuldners (dies kann nicht als Beiseiteschaffen qualifiziert werden, da kein Aktivum beseitigt wird); Vortäuschen einer Forderung durch einen Dritten (entsprechend dem Vortäuschen einer Schuld durch den Schuldner); Nichtbestreitung einer verjährten Forderung (vgl. Kunz, S. 61 f.). Die Einführung eines solchen Auffangtatbestandes wäre allerdings überflüssig, da sämtliche dieser Verhaltensweisen auch durch die Generalklausel erfasst sind.
 - 2 Petrzilka, S. 211; Caspar, S. 28; Hafter, BT I, S. 341; Hafter II, S. 11; Schwander, SJK 1128, S. 7; Logoz, N. 3 B zu Art. 163 StGB; Stratenwerth, BT I, S. 285; Willi, S. 63; Lenherr, S. 56 f.; Kunz, S. 65 f.
 - 3 Gemäss Art. 957 OR besteht Buchführungspflicht für jene Firmen, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen.

einzig, dass tatsächlich falsch Buch geführt werde.¹ Möglicher Täter ist mithin auch der buchführende Pfändungsschuldner.² Das strafbare Verhalten wird umschrieben als "falsche Buchführung oder Bilanz". Eine formal nach allen Regeln der Kunst gestaltete Buchhaltung ist dabei allerdings nicht erforderlich. Auch Aufzeichnungen über das Geschäftsvermögen und den Geschäftsgang in einfachen Konto- oder Notizbüchern sind beachtlich, wobei allerdings im Einzelfall genau abzuklären sein wird, ob es sich dabei nicht um bloss private, interne Notizen und Bemerkungen vorläufigen Charakters als spätere Grundlage der definitiven Aufzeichnungen handelt.³ Als Vorspiegeln

-
- 1 Hafter, BT I, S. 342; Hafter II, S. 11; Schwander, SJK 1128, S. 7; Stratenwerth, BT I, S. 285; Willi, S. 63; Kunz, S. 65 f.
 - 2 Caspar, S. 28; Hafter, BT I, S. 341; Hafter II, S. 10; Schwander, SJK 1128, S. 7; Kunz, S. 66. Selbstverständlich können auch Dritte dieses Delikt begehen, wie etwa Treuhänder usw.
 - 3 Hafter, BT I, S. 342 Anm. 1; Hafter II, S. 11 Anm. 4; Kunz, S. 66 f.; Willi, S. 64; Lenherr, S. 56 f. . Solche bloss internen Notizen können nicht als Geschäftsbücher im Sinne von Art. 163/164 StGB betrachtet werden. Dies auch deshalb, weil - wie noch zu zeigen sein wird - bereits in der Buchhaltung/Bilanz selbst die notwendige Erklärung liegt, mittels welcher Gläubiger und Betreibungs- oder Konkursamt getäuscht werden sollen. Nur solche Aufzeichnungen, denen im sozialen und geschäftlichen Verkehr (das heisst objektiv) ein solcher verbindlicher Erklärungswert über Geschäftsvermögen und Geschäftsverlauf zugebilligt werden darf, kommen in Betracht. Allenfalls kann die Anfertigung solcher Notizen als Versuch gewürdigt werden.

zu qualifizieren sind sowohl die Herstellung einer von Anfang an wahrheitswidrigen Buchhaltung (Fälschung) als auch die nachträgliche Verfälschung.¹ Die Abgabe falscher mündlicher Erklärungen gegenüber dem Betreibungs- oder Konkursbeamten oder die Einreichung der Bücher ist zur Erfüllung des Tatbestandes nicht erforderlich, da bereits die Buchhaltung selbst zu Beweis Zwecken hergestellt wird und ihr deshalb für die verurkundeten Tatsachen in der Zwangsverwertung a priori Erklärungswert zukommt.² Erforderlich ist aber selbstverständlich stets das Vorhandensein eines entsprechenden Benachteiligungsvorsatzes.

Das Verstecken oder Vernichten von Geschäftsbüchern gehört nicht zur Führung einer falschen Buchhaltung und stellt damit keine Vermögensminderung dar, sondern dient entweder als Mittel zum Verheimlichen von Aktiven oder - im Falle zu hoher Passiven - zur Verminderung ganz allgemein.³

-
- 1 Hafter, BT I, S. 341; Hafter II, S. 10; Willi, S. 65; Kunz, S. 65. Keine wahrheitswidrige Aufzeichnung ist die falsche Bewertung von Aktiven: Caspar, S. 28 Anm. 65; Ludwig in ZSR N.F. 44 (1925), S. 45 a (m.E. fraglich, wenn dies bewusst und mit Benachteiligungsvorsatz geschieht).
 - 2 Karmann, S. 35. Zu diesem Zwecke werden denn auch die Geschäftsbücher vom Konkursamt obligatorisch in Verwahrung genommen (Art. 223 Abs. 2 SchKG).
 - 3 Sinngemäß Karmann, S. 36; Kunz, S. 64; abweichend offenbar Stieger, S. 158 f.

3. Erfolg der strafbaren Handlung

3.1. Vorbemerkungen

Die Delikte des betrügerischen Konkurses und des Pfändungsbetrugs sind nach dem Wortlaut des Gesetzes nur dann erfüllt, wenn die tatsächliche oder scheinbare Vermögensverminderung durch den Schuldner oder Dritten zum Nachteil der Gläubiger ausgeschlagen hat.¹ Hierin liegt der Erfolg² des strafbaren Verhaltens. Er macht den eigentlichen Unrechtsgehalt von Art. 163 und Art. 164 StGB aus, uns seiner richtigen Interpretation kommt deshalb ausschlaggebende Bedeutung zu.³

Unbestritten und in Anbetracht des geschützten Rechtsguts⁴ auf der Hand liegend ist es, dass als relevante Nachteile im Sinne von Art. 163 und Art. 164 StGB nur solche gelten können, die in einem Zwangsvollstreckungsverfahren eintreten.⁵

1 Die Benachteiligung eines Gläubigers genügt; vgl. Schwander SJK 1128, S.9; Caspar, S.29; Willi, S.77; BGE 93 IV 17. Die terminologische Differenz zwischen Art. 163 und Art. 164 StGB ("...zum Nachteil der Gläubiger..." und "... zum Nachteil seiner Gläubiger...") hat keinerlei praktische Bedeutung.

2 Zwischen Handlung und Erfolg muss Kausalzusammenhang bestehen. Zur Behandlung von Art. 163 und Art. 164 StGB als Erfolgsdelikte sowie zum Begriff "Erfolgsdelikte" vgl. vorne S.129 f..

3 Caspar, S.29

4 Vgl. vorne S. 42 ff.

5 Schwander, SJK 1128, S.9; Kunz, S. 17; Haeffliger, S.101; BGE 74 IV 37. Keinen Nachteil gemäss Art. 163/164 StGB bilden demzufolge die Beeinträchtigung des primären Gläubigeranspruchs auf Sachleistung bzw. der Verzicht auf eine Betreibung wegen der schlechten Finanzlage des Schuldners; vgl. Schwander, SJK 1128, S.9.

Das Bundesgericht¹ definiert in konstanter Rechtsprechung den Begriff "Nachteil" allgemein als Vereitelung oder Erschwerung der Zwangsvollstreckung, als Beeinträchtigung der Beschlags- oder Zugriffsrechte der Gläubiger. Was darunter im Einzelnen zu verstehen ist, ist nachstehend zu untersuchen.

3.2. Verwertungsverlust als Erfolg

Ein Nachteil der tatsächlichen oder scheinbaren Vermögensverminderung liegt zweifellos dann vor, wenn infolge dieser Handlungen die Zwangsverwertung einen Verlust zur Folge hat bzw. der effektive Verlust der betroffenen Gläubiger grösser ausfällt im Vergleich zum Ergebnis, welches ohne die betreffenden Bankrotthandlungen resultiert hätte. Dies gilt sowohl

-
- 1 BGE 74 IV 37; 93 IV 92; 97 IV 20; 102 IV 175; 106 IV 35; ZR 67(1968)Nr. 70; vgl. auch ZR 68(1969) Nr.39; Rehberg, S.92; Schwander, SJK 1128, S.9; Haefliger, S.102; Caspar, S. 29, 31 und 33. Abweichend sinngemäss: ZR 43(1944) Nr.75; ZR 44(1945) Nr.147; PKG 1948 Nr.19
 - 2 BGE 93 IV 17; PKG 1948 Nr.19; ZR 43(1944) Nr.75; ZR 44(1945) Nr.147; ZR 67(1968) Nr.70; ZR 68(1969) Nr.39; Schwander, SJK 1128, S.9; Haefliger, S.102; Müller, S.11; Kunz, S.80. Da nicht jede Vermögensverminderung eo ipso auch einen Verlust in der Zwangsverwertung mit sich bringt, kann die Frage, ob und in welchem Umfang ein Verlust eingetreten ist, erst nach durchgeführter Verwertung oder allfälliger Ergänzungs- oder Nachpfändung beantwortet werden. Massgeblich ist der Zeitpunkt der Ausstellung des definitiven Pfändungsverlustscheins bzw. eines Konkursverlustscheins.

M.E. ist die Konkurseinstellung mangels Aktiven der Ausstellung eines Verlustscheins diesbezüglich gleichzustellen, denn damit steht der Verlust nicht weniger zuverlässig fest. Dass er allenfalls später (nach dem Einstellungsbeschluss gemäss Art. 230 Abs.2 SchKG) auf dem Wege der Betreibung auf Pfändung noch beseitigt werden kann, ändert daran nichts, da auch ein bloss vorübergehender Verlust genügt. Auf jeden Fall liegt aber im Zwang für den Gläubiger, eine Pfändungsbetreibung einleiten zu müssen, eine relevante Erschwerung der Zwangsvollstreckung; vgl. dazu hinten S.169,170 und vorne S.64. Unrichtig m.E. SJZ 56(1960) S.44 Nr.19.

für die tatsächliche als auch für die scheinbare Vermögensverminderung. Die Möglichkeit zur Erhebung einer Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG oder der Durchführung eines Nachkonkurses (Art. 269 SchKG) und zur allfälligen nachträglichen Beseitigung des eingetretenen Verwertungsverlusts auf diesem Wege vermag den Eintritt des Erfolgs des strafbaren Verhaltens nicht abzuwenden, da auch eine nur vorübergehende Schädigung genügt.¹ Steht dagegen fest, dass der effektiv aus der Zwangsverwertung resultierende Verlust auch ohne die strafbare Handlung des Täters eingetreten wäre², so fehlt es an einem relevanten Erfolg und es kommt - bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen - lediglich Bestrafung wegen Versuchs in Betracht.³ Allerdings wird diesfalls stets zu prüfen sein, ob nicht der Erfolg in Form einer Erschwerung der Zwangsvollstreckung eingetreten sei.

1 BGE 85 IV 219; 93 IV 17 f.; 93 IV 92; 102 IV 175; 105 IV 321; ZBJV 78(1942) S.143 f.; ZR 67(1968) Nr.70; Kunz, S.46 und S. 58; Haeffliger, S.101; Schwander, SJK 1128, S.10; Rehberg, S.92. Auch die nachträgliche freiwillige Bezahlung der Forderung bzw. die Uebergabe des betreffenden Gegenstands an die Gläubiger ändert nichts mehr am Eintritt des Erfolgs.

2 Dies wird dann der Fall sein, wenn sich die Handlungen des Täters auf Kompetenzstücke oder andere unpfändbare Werte bezogen und daneben kein weiteres Vermögen mehr vorhanden war; vgl. ZR 67(1968) Nr.70.

3 Vgl. dazu hinten S. 194 ff..

3.3. Erschwerung der Zwangsvollstreckung als Erfolg

Bedeutend schwieriger zu lösen ist in der Praxis das Problem des Erfolgseintritts durch Erschwerung der Zwangsvollstreckung.¹ Das Bundesgericht² hat eine Erschwerung stets dann als gegeben betrachtet, wenn zur Verwirklichung der Gläubigerrechte im jeweiligen Fall besondere Prozesse wie Widerspruchs-, Aussonderungs- oder Kollokationsprozesse, geführt werden mussten bzw. hätten geführt werden müssen, unter Hinweis auf das damit verbundene unannehmbare Kostenrisiko der Gläubiger. Als erheblich bezeichnete es auch die vorübergehende Erschwerung der Zangsvollstreckung, beispielsweise die vorübergehende Verhinderung der Verwertung³, die vorübergehende Erschwerung des Verfahrensablaufs dadurch, dass pfändbares Vermögen zwei Monate lang dem Zugriff des Betreibungs- oder Konkursamtes entzogen war⁴, ferner das einstweilige Unterbleiben der Pfändung.⁵ Gemäss Schwander⁶ liegt eine im Sinne von Art. 163 und Art. 164 StGB erhebliche Er-

-
- 1 Hierin liegt eine blossе Gefährdung des geschützten Rechtsguts, während bei Eintritt des Verlusts eine Rechtsverletzung anzunehmen ist. Auch bei voller Deckung der Forderung kann demnach ein relevanter Nachteil gegeben sein; vgl. Schwander, SJK 1128, S.10.
 - 2 BGE 85 IV 220 f.; 93 IV 17; ZBJV 79(1948) S.480; Kunz, S.46; Stratenwerth, BT I, S.285; Caspar, S.31; Schwander, SJK 1128, S.10.
 - 3 BGE 75 IV 64
 - 4 BGE 93 IV 92
 - 5 BGE 105 IV 321
 - 6 Schwander, SJK 1128, S.10

schwerung der Zwangsvollstreckung vor, wenn auf Antrag der Gläubiger die Pfändung komplettiert werden bzw. zum Schutz der Gläubiger irgendwelche besonderen Vorkehren getroffen werden müssen. Ansonsten fehlt es sowohl in der kantonalen Praxis als auch in der Literatur an einer dogmatisch klar abgestützten Auseinandersetzung mit dem Problem der blossen Erschwerung der Zwangsvollstreckung.¹ Immerhin wird fast überall ausgeführt, eine Verletzung des geschützten Rechtsguts² in Form eines Verlusts brauche nicht gegeben zu sein; eine bloss Gefährdung³ desselben genüge als Nachteil im Sinne von Art. 163 und Art. 164 StGB und dies sei bei jeder Schmälerung des Exekutionssubstrats der Fall.⁴ Uebereinstimmung herrscht mithin jedenfalls in der Feststellung, beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug handle

- 1 Hauptmangel bildet m.E. der Umstand, dass meist nicht klar zwischen objektiven und subjektiven Voraussetzungen, ferner - innerhalb des objektiven Tatbestands - zwischen Handlung und Erfolg unterschieden wird. Diese Vermischung führt im Ergebnis zu einem äusserst verwirrenden Bild.
- 2 Geldforderungen der Gläubiger; vgl. vorne S. 49.
- 3 Meist ohne nähere Präzisierung über den Grad der Intensität dieser Gefährdung bzw. in der Annahme, bereits jede tatsächliche oder scheinbare Vermögensverminderung bedeute eo ipso eine relevante Gefährdung der Forderung.
- 4 Haefliger, S.102; Hafter, BT I, S. 329 Anm.1; Hafter II, S. 14; Müller, S.11; Germann, Verbrechen, S. 294; Kunz, S.17; Schwander, S. 373 Ziff.5; Rehberg, S. 92; SJZ 62 (1966) S.234 ff. Nr. 145; SJZ 41 (1945) S.378 Nr. 187; ZBJV 79(1943) S.480; ZR 68(1969) Nr. 39

es sich um Gefährdungsdelikte.¹

M.E. kann der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Bezug auf den erforderlichen Grad der Erschwerung der Zwangsvollstreckung sowie den Autoren, welche diese übernehmen, im Prinzip zugestimmt werden.² Ergänzend zu verdeutlichen ist, dass es nicht etwa die zusätzlichen Vorkehren (Prozesse usw.) sind, welche den unmittelbaren Erfolg des Verhaltens des Täters ausmachen, sondern bereits das Vorgehen der Betreibungs- und Konkursbehörden, welches diese zusätzlichen Umtriebe nötig macht.³ Als Beispiele seien erwähnt die Vornahme einer Pfändung, in welcher der verheimlichte, beiseitege-

-
- 1 BGE 102 IV 175 (allerdings mit unrichtiger Begründung, denn von der objektiven Strafbarkeitsbedingung hängt der Charakter als Gefährdungsdelikt nicht ab); SJZ 62(1966) S. 234 ff.Nr. 145; ZR 68 (1969) Nr.39; Stratenwerth, BT I, S. 285; Schwander, SJK 1128, S.9; Haefliger, S. 102.

Von Gefährdungsdelikten wird allgemein dann gesprochen, wenn der jeweilige Tatbestand nicht eine Verletzung des durch ihn geschützten Rechtsguts voraussetzt, sondern bereits die Schaffung einer erhöhten Möglichkeit dazu: Schultz, AT I, S.113; Hauser/Rehberg, S.49; Jeschek, S. 211 f.; Baumann, S.132. Bei Art. 163/164 StGB dürfte es sich um konkrete Gefährdungsdelikte handeln, da die Gefahr (Nachteil durch Erschwerung) im Einzelfall nachgewiesen werden muss und es sich um Erfolgsdelikte handelt. Caspar (S.30, für die tatsächliche Vermögensminderung) und Haefliger (S. 102) scheinen dagegen eher anzunehmen, es seien abstrakte Gefährdungsdelikte gegeben, da für diese Autoren ein Nachteil für die Gläubiger schon mit der Ausführung der Handlung eintritt (Verlustrisiko erhöht).

- 2 Vgl. allerdings die Kritik von Rehberg (S. 92).
- 3 Caspar, S. 30 f.; Schwander, SJK 1128, S.9; Stieger, S.158. All diesen Erschwerungen ist übrigens gemeinsam, dass sie direkte Auswirkungen auf das Verwertungsergebnis haben können, das heisst das geschützte Rechtsgut unmittelbar gefährden.

schaffte oder veräusserte Vermögenswert fehlt.¹ Die Vor-
merkmale des vom Schuldner wahrheitswidrig behaupteten
Drittanspruchs über einen Vermögenswert in der Pfändungs-
urkunde und Fristansetzung gemäss Art. 106 SchKG an den
Gläubiger.² Entsprechendes gilt für die Aufnahme einer sich
beim Schuldner befindlichen Sache ins Konkursinventar mit
der unrichtigen Bezeichnung als Dritteigentum.³ Schliesslich
die Erhaltung einer vom Schuldner oder Dritten vorgetäusch-
ten bzw. von diesen fälschlicherweise anerkannten Forderung
und deren Aufnahme in den Kollokationsplan.⁴ Endlich die
Einstellung des Konkurses mangels Aktiven, dessen Folgen der
Gläubiger nur auf dem Wege einer neuen Pfändungsbetreibung
beseitigen kann.⁵

-
- 1 Erfolg der Handlung des Schuldners bildet demnach die Er-
stellung der falschen Pfändungsurkunde. Es ergibt sich
daraus für die Gläubiger die Notwendigkeit, eine Ergän-
zungs- oder Nachpfändung mit Kostenvorschusspflicht zu ver-
langen bzw. eine Anfechtungsklage anzustellen (sofern ein
provisorischer Verlustschein ausgestellt wird). Allenfalls
muss auch der Kollokationsplan angefochten werden (Art.
146 ff. SchKG). Ferner können sich Beschwerden über die
Frage der Unpfändbarkeit ergeben; vgl. Caspar, S.30.
 - 2 Dieser ist zur Bestreitung und zur Erhebung einer Wider-
spruchsklage genötigt, sofern sich der Wert bei einem
Dritten befindet. Aber auch dann, wenn sich die Sache im
Gewahrsam des Schuldners befindet, läuft der Gläubiger bei
Bestreitung des Drittanspruchs ein erhebliches Kostenrisiko,
da er mit einer Klage des Dritten zu rechnen hat; vgl.
Caspar, S.31.
 - 3 Die Masse (Gläubigerversammlung/Konkursverwaltung) ist ge-
zwungen, den Drittanspruch zu anerkennen oder es auf einen
Aussonderungsprozess ankommen zu lassen, verbunden mit den
entsprechenden Kostenrisiken; vgl. Caspar, S.30.
 - 4 Die Gläubiger sind gezwungen, die unrichtige Kollozierung
auf dem Beschwerde- oder Klageweg anzufechten (Art.244 ff.
SchKG). Caspar (S.30) führt zu Recht aus, dass ein relevan-
ter Nachteil in solchen Fällen nur dann vorliegt, wenn der
wirkliche mit dem angeblichen Gläubiger konkurriert, das
heisst in die gleiche Pfändungsgruppe oder in den Kollo-
kationsplan aufgenommen werden kann.
 - 5 Sofern nicht in einem solchen Fall bereits der Eintritt ei-
nes Verlusts als Erfolg gegeben ist; vgl. vorne S. 168 Anm.2.

Als relevante Erschwerung dürfte dagegen eine infolge des Verhaltens des Täters eingetretene Verzögerung des Zwangsvollstreckungsverfahrens selten in Frage kommen, selbst wenn dadurch für die Betreibungs- oder Konkursbehörden Mehrumtriebe resultieren sollten, denn Verzögerungen an sich zeitigen üblicherweise keine nachteiligen Folgen für das geschützte Rechtsgut, die Geldforderungen der Gläubiger.¹ Ganz generell muss in diesem Zusammenhang Schwander² zugestimmt werden, welcher die Auffassung vertritt, es sei dem richterlichen Ermessen im Einzelfall anheimgestellt, darüber zu befinden, ob eine Erschwerung des Verfahrens bereits als Nachteil im Sinne von Art. 163 und Art. 164 StGB zu bewerten sei oder nicht. Beizufügen ist, dass m.E. für die Auslegung dieses Begriffs massgeblich sein sollte, ob und in welchem Umfang durch eine feststehende Beeinträchtigung des Verfahrens das Risiko einer Rechtsgutsverletzung³ beeinflusst wird. Dazu gehört auch die Berücksichtigung des konkreten Vermögensbestandes des Schuldners. Ergibt sich, dass trotz den tatbestandsmässigen Handlungen noch genügend Mittel zur Deckung der Gläubiger vorhanden waren und in die Pfändung bzw. in die Konkursmasse

-
- 1 Relevant werden Verzögerungsmanöver erst dann, wenn die Betreibungs- und Konkursbehörden das Verfahren unbekümmert um die sich daraus allenfalls ergebende Schmälerung des Vermögenssubstrats fortsetzen, das heisst gewisse Verfügungen treffen (Pfändung, Inventarisierung), die von den Gläubigern hernach mit den oben erwähnten Vorkehren beseitigt werden müssen.
 - 2 Schwander, SJK 1128, S.9; sinngemäss auch Caspar, S.30 f..
 - 3 Eintritt oder Erhöhung des Verwertungsverlusts.

einbezogen werden konnten, so kann von einer im Sinne von Art. 163 und Art. 164 StGB relevanten Benachteiligung der Gläubiger durch Erschwerung des Zwangsverwertungsverfahrens nicht die Rede sein, denn die Ergreifung zusätzlicher Rechtsbehelfe zur Komplettierung des Exekutionssubstrats erweist sich bei dieser Sachlage als überflüssig.¹ Andererseits erlaubt diese auf die gesamten Umstände des Einzelfalls zugeschnittene Beurteilung durchaus, den Umstand, dass ein Vermögenswert während zwei Monaten dem Zugriff des Betreibungs- oder Konkursamtes entzogen war, ebenfalls als relevanten Nachteil zu qualifizieren.²

3.4. Auswirkungen von Pfändbarkeit und Verwertbarkeit auf den Erfolgseintritt

Wie bereits vorne³ festgestellt, sind unter dem Begriff "Vermögen des Schuldners" alle diesem im Moment der Tat zu Eigentum zustehenden Sachen, die obligatorischen Ansprüche sowie immaterielle Rechte zu verstehen, soweit

1 Die Handlung des Schuldners oder Dritten vermochte die geschützten Geldforderungen nicht in Gefahr zu bringen; vgl. auch hinten S. 180 f..

2 BGE 92 IV 90 ff.; vgl. auch 102 IV 172 ff.. Es besteht doch u.U. die erhebliche Gefahr, dass das Verfahren ohne den betreffenden Wert seinen Fortgang nimmt. Kommt es zur Verwertung, so wird in der Regel der Verlust deswegen vergrößert sein. Die Kritik von Stratenwerth (BT I, S.285) am erstgenannten Entscheid wurde vom Bundesgericht ausdrücklich zurückgewiesen (BGE 102 IV 175). Die Ueberlegungen von Stratenwerth erscheinen dennoch de lege ferenda beachtenswert. Unrichtig dagegen Kunz (S.81), der schon blossen Aergers und Zeitaufwand des Gläubigers als Nachteil im Sinne von Art. 163/164 StGB einstuft.

3 Vgl. vorne S. 122 f.

ihnen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geldwerter Charakter zukommt, all dies indessen unabhängig von der Frage der Pfändbarkeit oder Verwertbarkeit.¹ Jeder unter Art. 163 und Art. 164 StGB zu subsumierende Agriff auf einen solchen Wert erfüllt mithin die Voraussetzungen einer tatsächlichen oder scheinbaren Vermögensverminderung.² Pfändbarkeit und Verwertbarkeit des angegriffenen Vermögenswerts sind indessen nicht ohne jeden Belang: Diese Eigenschaften haben Auswirkungen darauf, ob die Gläubiger in der Zwangsvollstreckung benachteiligt werden, das heisst, ob die tatsächliche oder scheinbare Vermögensverminderung den vom Täter angestrebten verpönten Erfolg nach sich zieht oder nicht. Die Pfändbarkeit³ und Verwertbarkeit eines Vermögenswerts ergibt sich aus den Vorschriften des SchKG. Unpfändbar sind zunächst Gegenstände, ohne jeglichen Verkehrswert sowie solche, die nicht gegen Geld veräussert werden können oder nicht in Geld umwandelbar sind (fehlende Verwertbarkeit)⁴, ferner

-
- 1 Die beiden Gesichtspunkte können sich allerdings auch decken, da z.B. einem unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht geldwerten Gegenstand in der Regel auch die Pfändbarkeit abgeht.
 - 2 Die Zerstörung, Beschädigung, Veräusserung, Verheimlichung etc. von Gütern, denen überhaupt keine Vermögensqualität zukommt, lässt dagegen schon das Tatbestandsmerkmal der Vermögensminderung entfallen. In Betracht kommt allenfalls Bestrafung wegen untauglichen Versuchs; vgl. hinten S. 203.
 - 3 Die Pfändbarkeit ist grundsätzlich auch bestimmend dafür, was im Konkurs zur Masse gezogen werden kann; Art. 224 SchKG; Fritzsche, Bd. II, S. 108; Amonn, S. 295 f..
 - 4 Amonn, S. 161; Fritzsche, Bd. I, S. 219 f.. Es ist also denkbar, dass ein Gegenstand oder Recht einen in Geld ausdrückbaren Wert aufweist, jedoch nicht gepfändet werden kann, weil eine Verwertung aus irgend einem Grund unmöglich ist: z.B. höchstpersönliche Rechte (z.B. Wohnrecht, familienrechtliche Ansprüche), Anwartschaften, Gegenstände ohne jeden Geldwert (sie haben höchstens einen persönlichen, individuellen Wert).

die vom SchKG in Art. 92 sowie von anderen gesetzlichen Vorschriften als unpfändbar bezeichneten Rechte und Gegenstände.¹ Schliesslich kann sich die Unpfändbarkeit im Einzelfall bei den in Art. 93 und Art. 94 SchKG aufgezählten Ansprüchen und Werten ergeben. Massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung dieser Fragen im Rahmen von Art. 163 und Art. 164 StGB ist der Moment der Pfändung bzw. der Konkurs-eröffnung.² Fehlte dem von Schuldner oder Dritten angegriffenen Vermögenswert die Pfänd- oder Verwertbarkeit, so wird in der Regel der angestrebte Erfolg der Handlung ausbleiben und in Frage kommt Bestrafung wegen Versuchs, sofern der Vorsatz des Täters gegeben ist.³ Zu beachten und im Einzelfall genau zu prüfen ist indessen, dass trotz Vorliegens von Unpfändbarkeit des angegriffenen Vermögenswerts ausnahmsweise gleichwohl ein für die Gläubiger relevanter Nachteil eintreten kann, so beispielsweise dann, wenn wegen der Verheimlichung eines Kompetenzstücks einem anderen Vermögenswert die ihm sonst nicht zukommende Kompetenzqualität zuerkannt werden muss oder wenn das entzogene Kompetenzstück so beschaffen war, dass aufgrund des Aus-

1 Fritzsche, Bd. I, S. 219 f.

2 Vgl. vorne S. 122. Da beim Konkurs alle bis zur Verwertung noch anfallenden Werte zur Masse gezogen werden, muss u.U. auf den Zeitpunkt abgestellt werden, in welchem ein Gegenstand oder Recht beim Vermögen des Schuldners anfällt.

3 Caspar, S.31; ZR 67(1968) Nr. 70. Die Frage, ob ein Gegenstand im Zeitpunkt der Handlung pfänd- oder verwertbar war, kann allenfalls auch den Vorsatz des Täters beeinflussen haben oder aber einen Rechtfertigungsgrund darstellen, sofern die Behörde einem Gegenstand Kompetenzqualität bzw. Unpfändbarkeit zuerkannt hatte; vgl. dazu hinten S. 189 f. und S. 221 f..

wechslungsrechts der Gläubiger ein billigeres hätte beschafft werden können.¹ Hinzuweisen ist auf die Eigenart, dass das Verheimlichen von Lohnansprüchen bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen einen vollendeten Pfändungsbetrug darstellt, wogegen beim gleichen Sachverhalt nur vollendeter untauglicher Versuch des betrügerischen Konkurses vorliegen kann.²

Ob Pfänd- oder Verwertbarkeit vorlag, entscheidet der Strafrichter im Prinzip frei. Er wird jedoch nicht ohne Not von einer diesbezüglichen Feststellung der nach SchKG zur Beurteilung dieser Fragen zuständigen Organe abweichen bzw. allenfalls den Abschluss eines diesbezüglichen Verfahrens abwarten.³

3.5. Vollendung

Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug als Erfolgsdelikte sind vollendet mit dem Eintritt des Nachteils für den Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren.⁴ Caspar⁵ weist grundsätzlich mit Recht darauf hin, dass die Vollen-

-
- 1 Caspar, S.31; Schwander (SJK 1128,S.6) erwähnt das Beispiel des Verheimlichens von unpfändbaren Nahrungsmitteln, weshalb bei der Pfändung allenfalls weitere Nahrungsmittel zugewiesen werden müssen und die Gläubiger dadurch benachteiligt sind; vgl.auch vorne S. 119 f.
 - 2 Lohn Guthaben des Gemeinschuldners fallen nicht in die Konkursmasse, weshalb diesfalls die Gläubiger nicht benachteiligt sind; vgl.Kunz S.75; Amonn, S.305 f.; Fritzsche, Bd.II,S.52 f.; ZR 55(1956) Nr.133.
 - 3 Vgl. vorne S. 123 f..
 - 4 Zur Frage des Vorgehens, wenn der Erfolg nicht bei dem vom Täter ins Auge gefassten, sondern bei einem anderen Gläubiger eintritt vgl.hinten S. 193.
 - 5 Caspar, S.30

dung der Delikte von Art. 163 und Art. 164 StGB zeitlich nicht mit dem Abschluss des Betreibungs- oder Konkursverfahrens zusammenzufallen braucht, sondern bereits früher eintreten kann.¹ Dies dürfte regelmässig dann der Fall sein, wenn der Erfolg nicht in einem Verwertungsverlust² besteht, sondern in einer blossen Erschwerung³ des Zwangsverwertungsverfahrens.

Verschiedene Autoren⁴ und an diese anschliessend ein Teil der Praxis⁵ nehmen - m.E. allerdings zu Unrecht - an, bereits mit dem Abschluss der strafbaren Handlung, das heisst mit der tatsächlichen oder scheinbaren Vermögensverminderung seien die Delikte von Art. 163 und Art. 164 StGB vollendet.

Würde diese Ansicht zutreffen, so wäre die ausdrückliche Erwähnung eines Erfolgs ("zum Nachteil der Gläubiger") im

- 1 M.E. kann der Erfolg aber auch nicht eintreten bevor es überhaupt zu einem Zwangsvollstreckungsverfahren gekommen ist, eine Auffassung, die ebenfalls vertreten wird; vgl. nachstehend Anm. 4 und 5.
- 2 Ob ein Verlust eingetreten sei und wenn ja, wie hoch dieser ist, kann erst nach Abschluss der Zwangsverwertung genau gesagt werden; vgl. vorne S. 168 Anm.2.
- 3 Wie vorne(S. 172) ausgeführt, liegt der Erfolg diesfalls in einer von den Betreibungs- oder Konkursbehörden vor Abschluss des Verfahrens vorgenommenen Handlung oder Verfügung, die den Gläubiger zu Mehrumtrieben zwingt.
- 4 Petrzilka, S.211; Hafter, BT I, S.343; Hafter II, S.14; Logoz, N.5 zu Art. 163 StGB; sinngemäss: Haefliger, S.102; Stratenwerth, BT I, S.285; Caspar, S.30 (für den Fall der tatsächlichen Minderung).
- 5 SJZ 62 (1966) S.234 ff.Nr.145; ZBJV 78 (1942) S.143 f.; SJZ 56 (1960) S.44 Nr.19; ZR 75 (1976) Nr.71; sinngemäss wohl auch BGE 72 IV 91; 73 IV 57; 106 IV 34.

Gesetz überflüssig.¹ Gerade aus der deutlichen Hervorhebung des Erfolgs beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug sowie aus dem Umstand, dass sich dieser Erfolg im Zwangsvollstreckungsverfahren manifestieren muss, ist nach meiner Auffassung zu schliessen, dass die Delikte nicht bereits mit der tatsächlichen oder scheinbaren Verminderung des schuldnerischen Vermögens als vollendet betrachtet werden dürfen.² Die Unrichtigkeit der erwähnten Lehrmeinungen und der darauf abgestützten Praxis ergibt sich auch daraus, dass die tatsächliche oder scheinbare Vermögensminderung keineswegs zwingend einen Nachteil für die an der Zwangsverwertung teilnehmenden Gläubiger nach sich zu ziehen braucht. Begeht nämlich der Täter eine derartige Handlung, so ist im konkreten Einzelfall durchaus denkbar, dass die Gläubiger trotzdem voll befriedigt werden und auch sonst keinerlei Erschwerung des Verwertungsverfahrens in Kauf zu nehmen haben, weil nämlich das verbleibende Vermögenssubstrat zur Abdeckung sämtlicher in die konkrete Zwangsvollstreckung einbezogenen Forderungen noch immer ausreicht, d.h. keine Verluste eintreten.³ Würde den erwähnten Meinungen gefolgt, so müsste auch bei einer solchen Konstellation wegen des

1 Es würde diesfalls genügen, die tatsächliche oder scheinbare Minderung als strafbar zu erklären, wobei mit deren Ausführung der Nachteil eo ipso eingetreten wäre und gar nicht mehr speziell nachgewiesen werden müsste.

2 Der Erfolg im strafrechtlichen Sinn ist gemäss Definition eine zeitlich und räumlich von der Handlung verschiedene Wirkung. Die erwähnte Auffassung lässt sich teilweise wohl daraus erklären, dass zu Unrecht angenommen wird, der Schuldner müsse sich im Zeitpunkt der Tathandlung objektiv bereits in einer Vermögenslage befinden haben, bei welcher die Deckung der Passiven nicht mehr gewährleistet ist; vgl. vorne S. 114 ff..

3 Der Schuldner hat sich z.B. im Wert seines übrigbleibenden Vermögens verschätzt. Er kann diesfalls bloss wegen Versuchs bestraft werden.

vollendeten Delikts bestraft werden, was jedoch als offensichtlich stossend und unhaltbar bezeichnet werden müsste und mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht mehr vereinbar wäre. Auch bei der Erschwerung des Zwangsvollstreckungsverfahrens als Erfolg darf das Delikt nicht einfach als vollendet qualifiziert werden, wenn die Zwangsvollstreckungsorgane eine bestimmte Verfügung getroffen haben, ohne den konkreten Vermögensstand des Schuldners zu beachten. Ein relevanter Nachteil ist nämlich auch in diesem Fall erst gegeben, wenn der in die Zwangsvollstreckung involvierte Gläubiger angesichts der effektiv vorhandenen Aktiven gezwungen ist oder mindestens gezwungen wäre, zur Verhinderung eines Verlusteintritts bzw. einer Erhöhung des zu erwartenden Verlusts die erforderlichen Umtriebe wie Widerspruchs- und Anfechtungsprozesse, Nach- oder Ergänzungspfändungen auf sich zu nehmen. Reichen hingegen die tatsächlich in die Pfändung oder den Konkurs einbezogenen, übriggebliebenen Aktiven zur vollen Deckung der beteiligten Gläubiger aus, so kann von einer relevanten Erschwerung der Zwangsvollstreckung im Sinne von Art. 163 oder Art. 164 StGB nicht die Rede sein, das heisst die Delikte können, ebenso wie beim Fehlen eines Verlusts, nicht als vollendet betrachtet werden.¹

1 Art. 163 und Art. 164 StGB sind - wie vorne S. 172 Anm.1 dargelegt - konkrete Gefährdungsdelikte, das heisst der Eintritt einer Gefahr für die Geldforderungen der Gläubiger muss im Einzelfall nachgewiesen sein. Dieser Nachweis fehlt aber, wenn das verbleibende Vermögen zur vollen Deckung aller angemeldeten Forderungen ausreicht. Die Auffassung, bereits mit Abschluss der tatbestandsmässigen Handlung sei der Erfolg eingetreten, wandelt betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug in abstrakte Gefährnungsdelikte um.

II. DIE SUBJEKTIVEN TATBESTANDSELEMENTE VON

ART. 163 UND ART. 164 StGB

1. Vorsatz

Sowohl Art. 163 als auch Art. 164 StGB setzen nach Lehre¹ und Praxis² ausschliesslich Vorsatz voraus³, wobei Eventualvorsatz genügt.⁴ Die Konstruktion als Absichtsdelikt⁵, das heisst das Erfordernis eines über den Vorsatz mit Bezug auf die objektiven Tatbestandsmerkmale hinausgehenden subjektiven Tatbestandselements, wurde im Zuge der parlamentarischen Beratungen⁶ zugunsten der heutigen Lösung aufgegeben.⁷

-
- 1 Caspar, S.21 und 39; Hafter, BT I, S.339 und 344; Hafter II, S.8 und 15; Petrzilka, S.210; Karmann, S.34; Müller, S.11; Schwander, SJK 1128, S.10; Haefliger, S.103; Germann, Verbrechen, S.294 f.; Thormann/von Overbeck, N.8 zu Art.163 StGB; Logoz, N.4 zu Art.163 StGB; Kunz, S.80 ff.; Rehberg, S.92; Schwander, S.374 Ziff.4; Stratenwerth, BT I, S.285; Lenherr, S.61; Corrodi, S.53
 - 2 BGE 74 IV 37 f.; 84 IV 15; 89 IV 85; 93 IV 92; 97 IV 22; 102 IV 174; 105 IV 321; SJZ 62(1966) S.234 ff.Nr.145; RStrS 1972 Nr.242; SJZ 41(1945) S.378 Nr.187; ZBJV 78 (1942) S.144; ZR 67(1968) Nr.70; ZR 68(1969) Nr.39
 - 3 Die Strafbarkeit fahrlässiger Begehung ist ausgeschlossen; Art.18 Abs.1 StGB.
 - 4 Caspar, S.39; Karmann, S.35; Müller, S.11; Schwander, SJK 1128, S.10; Germann, Verbrechen, S.295; Kunz, S.80 f. und 84; Schwander, S.374 Ziff.4; Stratenwerth, BT I, S.285; Haefliger, S.103; BGE 74 IV 38; 93 IV 18; 93 IV 92; 97 IV 22; 105 IV 321; PKG 1955 Nr.33; ZBJV 78(1942) S.144; zum Eventualvorsatz im allgemeinen: Hauser/Rehberg, S.58; Schultz, AT I, S.178.ff..
 - 5 Vorsätzliche tatsächliche oder scheinbare Vermögensverminderung in der Absicht, die Gläubiger in der Zwangsvollstreckung zu schädigen.
 - 6 Sten Bull Sonderausgabe NR S.693 f., 746 ff. und Sonderausgabe StR S.174 f., 323 f.
 - 7 Hafter BT I, S.344; Hafter II, S.16; Müller, S.11; Schwander, SJK 1128, S.10; Thormann/von Overbeck, N.8 zu Art. 163 StGB; Rehberg, S.92; BGE 74 IV 38; 93 IV 18; RStrS 1972 Nr.242; ZR 68(1969) Nr.39

Einzig Stratenwerth¹ scheint in betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug weiterhin Delikte mit überschüssender Innentendenz zu erblicken, wobei er allerdings nicht von Schädigungsabsicht, sondern von einem "Vorsatz der Gläubigerschädigung" spricht. Diese Ansicht ist m.E. jedoch schon im Ansatz - Stratenwerth betrachtet den Gläubigernachteil offenbar nicht als Erfolg - nicht haltbar² und widerspricht eindeutig dem Wortlaut des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers. Ueber die Frage der allfälligen Rückkehr zu einem blossen Tätigkeitsdelikt mit überschüssender Innentendenz kann m.E. nur unter dem Aspekt der Revision der bisherigen Ausgestaltung von betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug im Gesetz diskutiert werden.

Wie bereits vorne verschiedentlich angetönt, kommt in der Praxis der genauen Ermittlung der subjektiven Verhältnisse bei Art. 163 und Art. 164 StGB eine ausserordentlich grosse Bedeutung zu. Dies insbesondere deshalb, weil die tatbestandsmässigen Handlungen bereits vor jedem Vermögensverfall begangen werden können, weshalb allein der Vorsatz des Täters den Zusammenhang mit der Rechtsgutsverletzung herstellt.³ Dann aber auch aufgrund des Umstandes, dass im objektiven Tatbestand jede Einschränkung der Strafbarkeit auf wirtschaftlich nicht sinnvolle oder nicht notwendige Handlungen fehlt, weshalb entweder über das Nichtvorliegen

1 Stratenwerth, BT I, S.285; vgl.auch den Hinweis von Rehberg, S.92. Stratenwerth spricht davon der subjektive Tatbestand erfordere Vorsatz hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale und den weitergehenden Willen der Gläubigerbenachteiligung.

2 Vgl. dazu vorne S. 129 Anm. 3

3 Stratenwerth, BT I, S. 285

des Benachteiligungsvorsatzes bzw. auf dem Wege des ebenfalls von der subjektiven Einstellung des Täters abhängigen Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen ein akzeptables Resultat erzielt werden kann¹ sowie endlich bei der Verwicklung von Dritten in die Tat.²

Vorsätzlich handelt, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Gegenstand des Vorsatzes sind die einzelnen Merkmale, welche das Gesetz zum in Frage stehenden Tatbestand zählt, bei Erfolgsdelikten auch der Erfolg sowie der Kausalzusammenhang. Nicht vom Vorsatz erfasst zu sein brauchen dagegen Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit des Verhaltens.³ Beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug bedeutet dies, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Tatbegehung wissen muss, dass gegen ihn eine oder mehrere Forderungen bestehen.⁴ Er muss sich ferner bewusst sein, einen Gegenstand anzugreifen, der einen Geldwert und nicht einen blossen Liebhaberwert aufweist.⁵ Zum intakten Vorsatz gehört sodann die Vorstellung, der beseitigte, veräusserte, zerstörte etc. Wert stehe in seinem Eigentum oder gehöre sonstwie zu seinem Vermögen⁶,

1 Vgl. vorne S. 135 und hinten S. 224 f.; gleiche Bewertung der Bedeutung des Vorsatzes: Hafter, BT I, S.339; Hafter II, S.8; Kunz, S.81; Haefliger, S.103.

2 Sei es als Täter gemäss Ziff.2 von Art. 163/164 StGB oder als Teilnehmer.

3 Schultz, AT I, S.173 ff.; Hauser/Rehberg, S.55 ff; Baumann, S. 400 ff.; Jeschek, S. 234 ff.; Caspar, S.39; Karmann, S.34; Stratenwerth, BT I, S. 285

4 Kunz, S.88; Lenherr, S.61 und 63; ZBJV 78(1942) S.144

5 Dies gilt auch bei der Hinzufügung neuer Passiven.

6 Schwander, SJK 1128, S.10; Lenherr, S. 61; ZR 67(1968) Nr. 70. Bei Dritten: Im Vermögen des Schuldners.

sowie die Annahme, mit der von ihm vorgenommenen Handlung werde das Vermögen vermindert.¹ Endlich muss der Täter subjektiv davon ausgehen, seine Handlung bewirke einen Nachteil für die Gläubiger² im Zwangsverwertungsverfahren und er muss diesen Nachteil gewollt haben. Dazu gehört, dass er in groben Zügen überblickt, in welcher Weise ein derartiges Verfahren abläuft³, wobei auf jeden Fall auch die Vorstellung erforderlich ist, der von ihm angegriffene Vermögenswert könne zur Befriedigung der Gläubiger herangezogen werden.⁴ Zum Benachteiligungsvorsatz gehört somit notwendigerweise auch die Annahme des Täters, es werde in absehbarer Zeit zu einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen

-
- 1 Haefliger, S.103; Hafter, BT I, S. 344; Hafter II, S.15; Caspar, S. 39; Müller S. 10; Thormann/von Overbeck, N.8 zu Art. 163 StGB; Logoz, N.4 zu Art. 163 StGB; Kunz, S.80; BGE 89 IV 85; 93 IV 18; RStrS 1972 Nr. 242. Schwander (SJK 1128, S.10) erwähnt zu Recht, bei der Anerkennung vorgetäuschter Forderungen gehöre auch die Vorstellung zum Vorsatz, der Anspruch des Dritten sei fingiert.
 - 2 Es genügt, wenn der Täter einen Gläubiger benachteiligen will, wobei aber nicht erforderlich ist, dass dies ein bestimmter Gläubiger ist; vgl. vorne S. 167 Anm. 1 und hinten S. 192.
 - 3 Der Täter muss wissen, dass in der Zwangsvollstreckung sein Vermögen beschlagnahmt und zur Deckung der Gläubigerforderungen herangezogen wird; so sinngemäss("... wissen, dass die Zugriffsrechte verletzt sind...") Logoz, N.4 zu Art. 163 StGB; Hafter, BT I, S. 344; Germann, Verbrechen, S. 294; Lenherr, S.61; Kunz, S.80; Corrodi, S. 53; RStrS 1972 Nr. 242.
 - 4 Liegt die Handlung vor dem Zwangsverwertungsverfahren, so muss sich diese Vorstellung auf den Zeitpunkt eines möglichen späteren Zwangsverwertungsverfahrens richten, d.h. der Täter muss annehmen, durch seine Handlung werde das dannzumalige Verwertungssubstrat verringert; sinngemäss Karmann, S. 35; Schwander, SJK 1128, S. 10; Lenherr, S. 61.

ihn kommen.¹ Dieses Bewusstsein ist deshalb unerlässlich, weil Art. 163 und Art. 164 StGB nicht irgendeinen Nachteil der Gläubiger im Auge haben, sondern ausschliesslich einen solchen im Zwangsvollstreckungsverfahren.² Nicht damit gleichzusetzen ist die unbestrittene Auffassung, wonach sich der Vorsatz nicht auf die objektiven Strafbarkeitsbedingungen zu erstrecken braucht.³ Davon könnte m.E. nur dann die Rede sein, wenn verlangt würde, der Täter müsse sich konkret vorgestellt haben gegen ihn werde ein Verlustschein ausgestellt werden bzw. ein Konkursverfahren eröffnet. Das allgemeine Bewusstsein einer inskünftig zu erwartenden oder bereits laufenden Zwangsvollstreckung ist jedoch absolut unerlässlich⁴ und zwar unabhängig davon, ob die tatbestandsmässige vermögensmindernde Handlung vor oder nach Einleitung der Zwangsvollstreckung begangen wurde.⁵

-
- 1 Haefliger, S. 103; Müller, S. 11; Logoz, N.4 zu Art. 163 StGB; Kunz, S. 80 und 83 f.; Stratenwerth, BT I, S.285; Willi, S. 45; BGE 74 IV 38; 93 IV 18; SJZ 62(1966) S. 234 ff.Nr. 145; ZR 68(1969) Nr.39. Die Stellungnahme von Hafter ist widersprüchlich: Einerseits spricht er davon, das Bewusstsein der bevorstehenden Pfändung sei erforderlich (BT I, S.343 und II, S.13), andererseits lehnt er es wegen Beweissschwierigkeiten ab, ein Bewusstsein der Konkurs-eröffnung zu verlangen (BT I, S.336 Anm.2 und II, S.3 Anm.1). Ablehnend: Caspar, S. 39.
 - 2 Dieser Nachweis ist deshalb besonders wichtig, weil u.U. nur auf diesem Wege überhaupt ein Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung hergestellt wird.
 - 3 Schultz, AT I, S.177; Hauser/Rehberg, S.56; Caspar, S.21 und 39; Germann, Verbrechen, S.294; BGE 84 IV 15; Kunz, S.18; vgl. auch vorne S. 60
 - 4 Caspar (S.39) gelangt wohl deshalb zu seiner abweichenden Ansicht, weil er diese Unterscheidung zuwenig klar vornimmt.
 - 5 Ausdrückliche Beschränkung auf vorhergehende Handlungen: Hafter, BT I, S.343; Hafter II, S.13; Rehberg, S. 92. Die im Zeitpunkt der Begehung angespannte Finanzlage des Schuldners, die - wie vorne dargelegt - kein objektives Tatbestandsmerkmal von Art. 163/164 StGB bildet, kann immerhin ein Indiz für das Vorliegen dieses Bewusstseins bedeuten.

Schliesslich muss, wie in Lehre¹ und Praxis² übereinstimmend festgehalten wird, der Schuldner subjektiv davon ausgehen, seine Vermögenslage sei derart angespannt, dass infolge der von ihm verübten vermögensmindernden Handlungen die Deckung der vorhandenen Forderungen nicht mehr gewährleistet ist bzw. ein bereits bestehender Ausfall noch vergrössert wird. Dies m.E. auch dann, wenn der vom Täter angestrebte Nachteil für die Gläubiger nicht in einem Verlust, sondern in einer blossen Erschwerung der Zwangsvollstreckung besteht. Denn beim konkreten Gefährdungsdelikt muss die Gefahr vom Vorsatz erfasst sein³, wobei diese Gefahr bei der Erschwerung objektiv nur unter der Voraussetzung des Vorhandenseins einer zwingenden Notwendigkeit zur Ergreifung der entsprechenden Vorkehren gegeben ist.⁴

Keine Rolle spielt das Motiv, aus welchem der Täter handelt, das heisst mit der Vermögensminderung kann ein eigener Vorteil, der Vorteil eines Dritten oder irgendeine andere Ueberlegung verbunden sein.⁵ Mit Recht wird darauf hingewiesen,

1 Caspar, S.39; Hafter, BT I, S.343; Hafter II, S.13; Müller, S. 11; Haefliger, S.103; Schwander, SJK 1128, S.10; Logoz, N.4 zu Art. 163 StGB; Kunz, S.83; Rehberg, S.92; Stratenwerth, BT I, S.285; Corrodi, S.53.

2 BGE 74 IV 38; 93 IV 18; SJZ 62(1966) S.234 ff.Nr. 145; ZR 68(1969) Nr. 39

3 Hauser/Rehberg, S.49

4 Vgl.vorne S.175 und S.181

5 Hafter, BT I, S.344 f.; Hafter II, S.15; Petrzilka, S.210; Müller, S.11; Schwander, SJK 1128, S.6; Löffler, S.89; Kunz, S.31 und 85; Rehberg, S.92; BGE 74 IV 38; 97 IV 22; SJZ 62(1966) S.234 ff.Nr. 145; ZBJV 78(1942) S.144. Die Motive können bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

je weiter die tatbestandsmässige Handlung zeitlich vor der Konkurseröffnung bzw. der Ausstellung eines Verlustscheins liege, desto schwieriger sei der Nachweis eines entsprechenden Benachteiligungsvorsatzes zu erbringen.¹ In jedem Einzelfall ist eine genaue Abklärung der Umstände erforderlich und jede Schematisierung wäre verfehlt.²

Bei der Tatbegehung durch Unterlassung muss der Täter wissen, dass ihn eine Garantenstellung trifft (Auskunftspflicht)³, dass das geschützte Rechtsgut in Gefahr ist, dass er in der Lage wäre, die gebotene Handlung vorzunehmen und dass bei Nichtvornahme dieser Handlung der tatbestandsmässige Erfolg eintreten wird.⁴ Bei der Tatbegehung durch Dritte (Art. 163 Ziff.2 und Art. 164 Ziff.2 StGB) hat sich der Vorsatz des Täters im vorstehend erwähnten Umfang selbstverständlich nicht auf eigenes Vermögen und die eigenen Gläubiger, sondern das Vermögen und die Gläubiger des Schuldners zu beziehen.

- 1 Caspar, S.40; Schwander, SJK 1128, S.10; Logoz, N.4 zu Art. 163 StGB; Kunz, S.71; Thormann/von Overbeck, N.8 zu Art. 163 StGB. Germann (Verbrechen, S.294) sowie Logoz (N.4 zu Art. 163 StGB) fügen hinzu, bei Handlungen nach Beginn des Vollstreckungsverfahrens könne demgegenüber der Vorsatz nicht zweifelhaft sein. Es darf hier jedoch m.E. nicht zu stark verallgemeinert werden.
- 2 Solche Versuche unternehmen Kunz (S.84 f. und 89 ff.), Haefliger (S.103) und Germann (Verbrechen, S.294).
- 3 Das Wissen um Bestehen und Umfang einer Auskunftspflicht kann auch bei verschiedenen Tatbestandsvarianten des Begehungsdelikts erforderlich sein, z.B. beim Verheimlichen.
- 4 Hauser/Rehberg, S.137; Meyer, S.42 ff.

2. Tatbestandsirrtum (Art. 19 StGB)

Der Vorsatz des Täters kann nur dann als intakt bezeichnet werden, wenn er alle objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 163 und Art. 164 StGB, das heisst sämtliche der vorne erwähnten Umstände umschliesst.¹ Nichtkenntnis einer einzigen oder falsche Vorstellungen über ein einziges objektives Merkmal, über den Kausalverlauf oder den Erfolg lassen den Vorsatz² entfallen. In einem solchen Fall ist gemäss Art. 19 StGB zu prüfen, ob die gegebene Vorstellung einem anderen Straftatbestand entspricht.³ Bestrafung wegen fahrlässiger Begehung des Delikts gemäss Art. 19 Abs.2 StGB ist beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug ausgeschlossen. Als Beispiel eines wohl häufigen Tatbestandsirrtums wird in der Literatur erwähnt die unrichtige Vorstellung des Schuldners, der von ihm angegriffene Vermögenswert sei unpfändbar, weshalb eine Benachteiligung der Gläu-

1 Vgl. vorne S. 184 ff.

2 Und damit die Möglichkeit der Bestrafung wegen betrügerischen Konkurses oder Pfändungsbetrugs.

3 Schultz, AT I, S. 205 ff.; Hauser/Rehberg, S. 59 f.; Jeschek, S. 246 ff.; Baumann, S. 400 und 422 ff.. Gleichgültig ist, ob der Täter auf rechtlichem Gebiet irrt, sofern eine bestimmte rechtliche Eigenschaft als objektives Tatbestandsmerkmal figuriert: Hauser/Rehberg, S. 112; Schultz, AT I, S. 210; BGE 82 IV 202.

biger ausgeschlossen sei.¹ Mit Recht weist Germann² in diesem Zusammenhang aber auf die Möglichkeit des Vorhandenseins eines Eventualvorsatzes hin, wenn sich der Täter über die Pfändbarkeit nicht im Klaren ist, die allfällige Benachteiligung der Gläubiger jedoch bewusst in Kauf nimmt. Zu beachten ist, in diesem Zusammenhang, dass sich die falsche Vorstellung des Täters über die Unpfändbarkeit auf den Zeitpunkt der Pfändung bzw. der Konkurseröffnung beziehen muss, damit von einem Tatbestandsirrtum gesprochen werden kann.³

Tatbestandsirrtum gemäss Art. 19 StGB liegt weiter auch dann vor, wenn der Schuldner zu Unrecht der Auffassung ist,

- 1 Schwander, SJK 1128, S.10; Karmann, S. 35. Auch wenn der Täter überhaupt nicht an das Problem der Pfändbarkeit oder an einen möglichen Nachteil der Gläubiger denkt, ist nach den Regeln von Art. 19 StGB zu verfahren. Kein Tatbestandsirrtum liegt jedoch bei dem von Lenherr (S.61) erwähnten Fall vor, wo der Täter um seine Gläubiger zu benachteiligen, sein Vermögen angreift, das objektiv nicht pfändbar ist; sein Vorsatz ist diesfalls intakt. Es kann Versuch (vollendeter oder untauglicher) vorliegen; vgl. dazu hinten S.198 f. und S. 202 f..
- 2 Germann, Verbrechen, S.296. Zu den dort ebenfalls erwähnten Beispielen untauglichen Versuchs vgl. hinten S. 202 f..
- 3 Vgl. vorne S.185 Anm.4 & S.121. Eine falsche Vorstellung über die im Zeitpunkt der Handlung gegebenen Verhältnisse bezüglich Pfändbarkeit ist ohne Belang, sofern der Benachteiligungsvorsatz vorliegt. Praktisch wird es jedoch häufig so sein, dass der Täter die beiden Zeitpunkte nicht klar unterscheidet, weshalb die unrichtige Vorstellung im Moment der Handlung auch den Benachteiligungsvorsatz für den Zeitpunkt von Pfändung/Konkurseröffnung ausschliessen wird.

ein veräußerter Gegenstand sei preiswert abgesetzt,
 das heisst die Gegenleistung entspreche dem Wert der
 verkauften Sache.¹ Etwas anders liegen die subjektiven
 Verhältnisse dann, wenn er irrtümlicherweise annimmt,
ein Veräußerungsgeschäft bedeute keinen Nachteil, für
 die Gläubiger²: Hier fehlt nicht das Bewusstsein der
 Vermögensverminderung, sondern der Benachteiligungs-
 vorsatz. Aber auch im letzteren Fall ist Tatbestands-
 irrtum gegeben. Der Benachteiligungsvorsatz entfällt
 auch dann, wenn sich der Täter seines Vermögenszerfalls
und eines drohenden Zwangsverwertungsverfahrens überhaupt
nicht bewusst ist, das heisst eine Benachteiligung der
 Gläubiger in einem solchen Verfahren überhaupt nicht in
 Betracht zieht³, sowie dann, wenn er zwar die Gefahr einer
 Benachteiligung in Betreuung oder Konkurs grundsätzlich
 sieht, jedoch annimmt, die verbleibenden Aktiven reichten
 zur Befriedigung der Gläubiger aus.⁴ Weitere Anwendungs-
 fälle von Art. 19 StGB sind die unrichtige Annahme des
 Schuldners, der angegriffene Wert sei nicht Bestandteil
seines Vermögens⁵ bzw. die geltend gemachte oder anerkannte

1 Schwander, SJK 1128, S.10; Haeffliger, S. 103; Kunz, S.81.
 Es fehlt das Bewusstsein des Täters, sein Vermögen zu verringern.

2 Thormann/von Overbeck, N.8 zu Art. 163 StGB; Petrzilka, S. 210; Kunz, S. 83

3 Schwander, SJK 1128, S. 10

4 Corrodi, S.54

5 Dies ist dann der Fall, wenn er fälschlicherweise annimmt, der betreffende Gegenstand habe nur persönlichen Wert, stehe nicht in seinem Eigentum oder ein Recht (obligatorischer Anspruch, Immaterialgüterrecht) stehe nicht ihm, sondern einem Dritten zu.

Forderung stehe wirklich einem Dritten zu.¹

Anlass zu weiteren Ausführungen bildet schliesslich die Bemerkung von Lenherr², wenn der Schuldner davon ausgehe, es sei ein bestimmter Gläubiger mit gültigem Anspruch vorhanden und von diesem drohe eine Betreibung, so sei das Delikt nicht erfüllt, wenn der vom Täter als vorhanden betrachtete Anspruch in Wirklichkeit gar nicht bestehe. Bei dieser Konstellation liegt indessen m.E. auf jeden Fall kein Tatbestandsirrtum vor, weil der Vorsatz des Täters im Hinblick auf die objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 163 und Art. 164 StGB intakt ist.³ Im umgekehrten Fall, das heisst wenn der Täter zu Unrecht annimmt, eine Forderung gegen ihn bestehe nicht, wäre dagegen Art. 19 StGB anwendbar.⁴

Hat der Täter den Vorsatz gefasst, einen ganz bestimmten

1 Schwander, SJK 1128, S.10; Haefliger, S.104

2 Lenherr, S.63

3 Besteht überhaupt keine Forderung, ist der Täter mangels Schuldnerqualität untaugliches Subjekt und geht straflos aus: Schultz, AT I, S.254; Hauser/Rehberg, S.68 f.; Jeschek, S.433 f.. Ist der Dritte Täter, so dürfte bei dieser Konstellation allerdings untauglicher Versuch gegeben sein, da für ihn Irrtum über die Schuldnereigenschaft Irrtum über ein gewöhnliches Tatbestandsmerkmal darstellt; vgl. auch vorne S.89. Ist zwar nicht die vorgestellte aber eine andere Forderung vorhanden, so ist der Schuldner tauglicher Täter.

4 Kunz, S.88

Gläubiger X, dessen Forderung tatsächlich besteht, in der Zwangsvollstreckung zu benachteiligen, nimmt dieser jedoch später überhaupt nicht am entsprechenden Verfahren teil und erleidet deshalb entgegen den Erwartungen des Schuldners ein anderer Gläubiger Y. einen Nachteil, so liegt Irrtum über den Kausalverlauf, das heisst eine sogenannte aberratio ictus vor.¹ Ist dem Täter hingegen von Anfang an gleichgültig, welcher Gläubiger - X oder Y - schliesslich benachteiligt wird², so erfolgt bei Eintritt des Erfolgs bei irgendeinem Gläubiger auf jeden Fall Bestrafung wegen des vollendeten Delikts, es sei denn, es habe entgegen der Annahme des Täters überhaupt keine Forderung bestanden.³

Als Tatbestandsirrtum bewertet werden endlich im allgemeinen auch Putativnotwehr und Putativnotstand. Darunter wird die irrtümliche Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen von Notstand oder Notwehr verstanden, das heisst des Vorliegens einer Notwehrlage bzw. einer unmittelbaren Gefahr für das eigene Rechtsgut.⁴

-
- 1 Der Vorsatz ist ansonsten intakt, es liegt kein Irrtum nach Art. 19 StGB vor. Da die beeinträchtigten Rechtsgüter gleichwertig sind, könnte mit einem Teil der Doktrin wegen des vollendeten Delikts bestraft werden, wogegen der Täter wegen des Nachteils von Y straffrei ausgeht. Nach einer anderen Auffassung kommt allerdings nur Bestrafung wegen Versuchs in Betracht; vgl. Hauser/Rehberg, S.60; Schultz, AT I, S.213; Baumann, S.427; Jeschek, S.251.
 - 2 Dies genügt, sofern nur der Benachteiligungsvorsatz gegeben ist.
 - 3 Diesfalls wäre der Schuldner untaugliches Subjekt, der Dritte beginge einen untauglichen Versuch; vgl. oben S. 192 Anm. 3.
 - 4 Schultz, AT I, S.207 f.; Hauser/Rehberg, S. 93, 95 und 112. Auch bezüglich weiterer Rechtfertigungsgründe ist das Vorliegen eines solchen Irrtums denkbar.

I. BESONDERE FORMEN TATBESTANDSMAESSIGEN VERHALTENS

I. VERSUCH

1. Abgrenzung des Versuchs von der straflosen Vorbereitung

Versuch des betrügerischen Konkurses und des Pfändungsbetrugs ist grundsätzlich strafbar.¹ Es gilt die subjektive Versuchslehre, welcher das Bundesgericht seit BGE 71 IV 211 in konstanter Praxis folgt. Danach beginnt der (strafbare) Versuch "mit jener Tätigkeit, die nach dem Plan des Täters den letzten entscheidenden Schritt ins Verbrechen bildet, von dem in der Regel nicht mehr zurückgetreten wird, es sei denn wegen äusserer Umstände, die die Weiterverfolgung der Absicht erschweren oder verunmöglichen".² Dies setzt neben einem intakten Vorsatz im Hinblick auf den ins Auge gefassten Tatbestand voraus, dass Tatentschlossenheit besteht und diese durch eine Handlung eindeutig manifestiert wird.³

Vor dem Hintergrund dieser stark auf den Einzelfall zugeschnittenen Rechtssprechung hält es schwer und wäre es auch wenig sinnvoll, ausführlich Beispiele blosser Vorbe-

1 Caspar, S.22 und 32; Haeffliger, S.99; Hafter, BT I, S.344; Hafter II; S.15; Löffler, S.85; Schwander, SJK 1128, S. 9 f.; Kunz, S. 101 f.; Germann, Verbrechen, S.294 und 286 f.; Logoz, N.3 A und N.5 zu Art. 164 StGB; Stratenwerth, BT I, S.286; Rehberg, S.93; Corrodi, S. 56 f.; Willi, S.71; BGE 70 IV 77; 103 IV 234; PKG 1948 Nr.19; SJZ 56(1960) S.44 Nr.19; RB TG 1945 Nr. 29; kritisch: Lenherr, S.66 f.

2 BGE 80 IV 178; 99 IV 153

3 Schultz, AT I, S. 248 ff.; Hauser/Rehberg, S.64 f.. Ob das Verhalten des Täters die Tatentschlossenheit genügend zum Ausdruck bringt, ist aufgrund des Plans, den sich der Täter machte, sowie seiner Persönlichekeit und den übrigen Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.

reitungshandlungen im Bereich von betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug geben zu wollen. Sicher nicht strafbar ist, wer bloss in Gedanken prüft, ob er allenfalls seine Gläubiger in der Zwangsverwertung benachteiligen könne.¹ Will der Täter nach seinem Plan einen Vermögenswert dadurch verheimlichen, dass er ihn einem Dritten zur Verwahrung übergibt, so dürfte die entsprechende Anfrage beim Dritten bereits eine strafbare Ausführungshandlung darstellen. Stark von der Persönlichkeit des Schuldners sowie den Tatumständen wird es hingegen abhängen, ob das (vorläufig bloss interne) Aufsetzen eines schriftlichen Vertrags noch als straflose Vorbereitung oder aber bereits als strafbarer Versuch einer Veräusserung zu qualifizieren ist. Blosser Vorbereitung m.E. jedoch auf alle Fälle dann, wenn der Schuldner eine Treuhandfirma beauftragen will, eine unrichtige Bilanz auszuarbeiten, um damit einen geringeren Vermögensbestand vorspiegeln zu können, zu diesem Zweck aber erst die Telefonnummer einer solchen Firma herausgesucht hat.

Besondere Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten noch als straflose Vorbereitung oder bereits als Ausführung zu qualifizieren sei, dürften sich daraus ergeben, dass die Ausführungshandlungen bei Art. 163 und Art. 164 StGB ihrem äusseren Anschein nach vielfach in keiner Art und Weise auf ein deliktisches Tun schliessen lassen.² Eine sorgfältige und genaue Analyse

1 Stets ist eine Handlung erforderlich, die zudem in einer äusserlich, zeitlich und räumlich engen Beziehung zur Tatsituation stehen muss; vgl. Schultz, AT I, S. 248.

2 Z.B. das Veräussern, Uebergeben eines Gegenstandes, ein Vertragsabschluss. Es fehlt an der Eindeutigkeit in Richtung einer bestimmten Straftat.

der Umstände¹, der Täterpersönlichkeit² sowie der subjektiven Verhältnisse³ erweist sich deshalb im Rahmen der Abgrenzung Versuch/straftlose Vorbereitung beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug als absolut unerlässlich. Ohne Belang für die Abgrenzung ist grundsätzlich, ob bereits ein objektives Tatbestandsmerkmal verwirklicht sei oder nicht.⁴

2. Unvollendeter Versuch (Art. 21 StGB)

Es handelt sich hier, wie vorne dargelegt, stets um Verhaltensweisen, welche das Stadium blosser Vorbereitungs- handlungen überschritten haben. Gemäss Art. 21 StGB liegt unvollendeter Versuch vor, wenn der Täter die begonnene strafbare Tätigkeit nicht zu Ende führt.⁵ Ob dies der Fall sei, ist wiederum aufgrund des konkreten Tatplans zu beurteilen.⁶ Sieht dieser mehrere Handlungen vor, so ist die begonnene Ausführung solange als unvollendeter Versuch zu betrachten, als der Täter nicht sämtliche von ihm ins Auge

-
- 1 Wichtig erscheint insbesondere die finanzielle Situation des Schuldners.
 - 2 Einschlägige Vorstrafen können oft ein Indiz für eine Straftat darstellen.
 - 3 Vorstellungen des Täters über den Handlungsablauf.
 - 4 Schultz, AT I, S.246 und 250; Hauser/Rehberg, S.65
 - 5 Schultz, AT I, S.247; Hauser/Rehberg, S. 66
 - 6 Hauser/Rehberg, S. 66; sinngemäss auch Schultz, AT I, S. 252

gefassten Handlungen ausgeführt hat.¹ Besteht die Tat nach Vorstellung des Schuldners aus einer einzigen Tätigkeit und wird diese verhindert, so ist die Handlung nicht zu Ende geführt.² Voraussetzung für die Bestrafung wegen unvollendeten Versuchs ist selbstverständlich ein im Hinblick auf betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug intakter Vorsatz, andererseits das Vorliegen der erforderlichen Strafbarkeitsbedingung gemäss Art. 163 und Art. 164 StGB.³ Wird auf unvollendeten Versuch erkannt, so kann der Richter die Strafe gemäss Art. 65 StGB mildern.

Aus welchem Grunde eine begonnene Straftat nicht beendet wird, spielt eine Rolle lediglich bei der Strafzumessung.⁴ Hängt dies von äusseren Einflüssen, blossen Zufällen ab, so dürfte keine Strafminderung am Platz sein. Bricht der

1 Schultz, AT I, S. 250 f.. Der Schuldner sieht z.B. vor, einen Gegenstand durch Uebergabe an einen Dritten zu verheimlichen oder beiseitezuschaffen. Zu diesem Zwecke stellt er sich vor, den Dritten zuerst telefonisch anzufragen und ihm den Gegenstand nachher zu überbringen. Schlägt die Sache aus irgendeinem Grunde nach dem Telefonanruf fehl, so liegt - weil es nicht mehr zum Ueberbringen kam - unvollendeter Versuch vor; vgl. RB TG 1945 Nr. 29.

Der Schuldner will einen Vermögenswert gegenüber dem Pfändungsbeamten verheimlichen durch Abschluss eines fingierten Verkaufsvertrags und nachheriges Vorweisen dieses Dokuments. Hat er die Offerte an den Dritten abgeschickt und dieser sie angenommen, kommt der Täter aber aus irgendeinem Grund nicht dazu, den Vertrag dem Beamten vorzuweisen und die entsprechende Behauptung aufzustellen, ist Versuch gemäss Art. 21 StGB gegeben.

- 2 Schultz, AT I, S. 250; Geprüft werden muss hier immer auch, ob überhaupt eine strafbare Vorbereitungshandlung gegeben sei.
- 3 Caspar, S. 22; Hafter, BT I, S. 344; Hafter II, S. 15; Schwander, SJK 1128, S. 10; Kunz, S. 16 und 101; Germann, Verbrechen, S. 294; Thormann/von Overbeck, N. 9 zu Art. 163 StGB und N. 5 zu Art. 164 StGB; Logoz, N. 5 zu Art. 163 StGB; Stratenwerth, BT I, S. 286; Rehberg, S. 93; vgl. vorne S. 60.
- 4 Schultz, AT I, S. 242 und 251. Für das Vorliegen eines Versuchs genügt also, dass die Tat unterbrochen wird, gleichgültig warum. U.U. kann jedoch dieser Grund Indiz für das Vorliegen eines untauglichen Versuchs sein.

Täter hingegen sein Tun aus freien Stücken ab, bevor er alle die nach seinem Plan erforderlichen Vorkehren getroffen hat, so liegt Rücktritt nach Art. 21 Abs.2 StGB und der Richter kann von Bestrafung Umgang nehmen.¹

3. Vollendeter Versuch (Art. 22 StGB)

Der Versuch ist vollendet, wenn der Täter die dem gesetzlichen Tatbestand entsprechenden Ausführungshandlungen seinem Plan gemäss vollständig abgewickelt hat, jedoch der zum betreffenden Tatbestand gehörende Erfolg ausbleibt.²

Vollendeter Versuch ist somit begrifflich nur bei Erfolgsdelikten³, das heisst also auch bei Art. 163 und Art. 164 StGB⁴ möglich. So wäre in den vorne⁵ erwähnten Beispielen der Versuch vollendet, wenn der Schuldner, der einen Wert durch Uebergabe an einen Dritten beiseiteschaffen will, diesen zuerst telefonisch anfragt und ihm den Gegenstand hernach überbringt, das Betreibungsamt jedoch von der Sache erfährt⁶ und den Wert trotzdem noch in die Pfändung ein-

1 Zum Rücktritt im allgemeinen vgl. Schultz, AT I, S.251 und Hauser/Rehberg, S. 66 f.. Ob auch Strafmilderung zulässig sei, ist umstritten.

2 Schultz, AT I, S.252; Hauser/Rehberg, S.65. Der Vorsatz des Täters muss intakt sein. .

3 Hauser/Rehberg, S.66

4 Ueber die Frage des Erfolgseintritts und die Vollendung vgl. vorne S. 167 ff. und 178 ff..

5 Vgl. vorne S. 197 Anm.1

6 Z.B. weil der Dritte das Betreibungs- oder Konkursamt informiert; vgl. Kunz, S. 101.

beziehen kann.¹ Ebenso dann, wenn der Täter das fingierte Rechtsgeschäft mit dem Dritten abschliesst und das Vertragsdokument verbunden mit der entsprechenden Behauptung dem Beamten vorlegt², dieser jedoch aus irgendeinem Grund den betreffenden Wert trotzdem als Eigentum des Schuldners ins Konkursinventar aufnimmt. In diesen Fällen, und das ist wesentlich, hat der Täter alles nach seiner Ansicht Erforderliche vorgekehrt und durch seine Tätigkeit die Merkmale des betreffenden Tatbestands verwirklicht. Aus welchen Gründen der Erfolg schliesslich ausbleibt, ist wiederum gleichgültig bzw. kann lediglich das Strafmass beeinflussen.³

Dem Rücktritt beim unvollendeten Versuch entspricht die tätige Reue⁴ beim vollendeten Versuch. Sie liegt vor, wenn der Täter aus eigenem Antrieb zum Nichteintritt des Erfolgs beiträgt oder den Eintritt selbst verhindert und führt zu einer Strafmilderung gemäss Art. 66 StGB. Ist der Erfolg einmal eingetreten, fällt tätige Reue ausser Betracht.⁵

1 Schwander, SJK 1128, S.9; PKG 1948 Nr.19

2 RB TG 1945 Nr.19. Aus diesem Entscheid ergibt sich sehr schön der Unterschied zwischen unvollendetem und vollendetem Versuch; vgl. auch Kunz, S.102.

3 Schultz, AT I, S.242 und 251. Es kommt ebenfalls Strafmilderung nach Art. 65 StGB in Frage. Der Grund für das Ausbleiben des Erfolgs kann wiederum derart sein, dass die Handlung des Täters als untauglicher Versuch zu qualifizieren ist.

4 Art. 22 Abs.2 StGB. Zur tätigen Reue im allgemeinen vgl. Schultz, AT I, S.252 f.; Hauser/Rehberg, S. 67.

5 Ungenau sind Schwander (SJK 1128, S.6) und Kunz (S.46), welche das Zurückschaffen des veräusserten oder beiseitegeschafften Vermögens bzw. die freiwillige Schadensdeckung generell als tätige Reue bezeichnen. Nur wenn dies vor dem Eintritt eines Nachteils geschieht, liegt ein Fall von Art. 22 Abs.2 StGB vor. Nachträgliche Schadensdeckung kann allenfalls als aufrichtige Reue gemäss Art. 64 StGB zu qualifizieren sein.

4. Untauglicher Versuch (Art. 23 StGB)

Untauglicher Versuch liegt vor, wenn das Mittel, womit, oder das Objekt, woran jemand eine strafbare Handlung auszuführen beginnt, derart sind, dass die Tat mit einem solchen Mittel oder an einem solchen Gegenstand überhaupt nicht ausgeführt werden kann.¹ Unter dem Begriff untaugliches Mittel sind die äusseren Tathilfen zu verstehen, unter demjenigen des untauglichen Objekts das Handlungsobjekt.² Keine Bestrafung erfolgt nach der Praxis dann, wenn dem Täter die vom gesetzlichen Tatbestand geforderte Sondereigenschaft abgeht.³ Dies ist im Rahmen von Art. 163 und Art. 164 StGB dann der Fall, wenn der Täter davon ausgeht, es bestünden Gläubigeransprüche gegen ihn, in Wirklichkeit im Zeitpunkt der Tathandlung jedoch keine einzige Forderung existiert.⁴ Hauptproblem bei der praktischen Anwendung von Art. 23 StGB bildet der Begriff der Untauglichkeit. Nach Auffassung des Bundesgerichts kann eine solche nur bei absoluter Untauglichkeit der verwendeten Mittel oder der Begehungsweise, die unter keinen Umständen den gewünschten Erfolg erzielen können, angenommen werden.⁵

1 Art. 23 StGB; Schultz, AT I, S.253; Hauser/Rehberg, S.67. Auch die Begehung auf eine Weise, die den strafrechtlich zu ahndenden Sachverhalt gar nicht herbeiführen kann, zählt als untauglicher Versuch. Dasselbe gilt, wenn ein Handlungsobjekt fehlt. Der untaugliche Versuch ist eigentlich ein Tatbestandsirrtum zu Ungunsten des Täters; vgl. Schultz, AT I, S.253; Hauser/Rehberg, S.68.

2 Schultz und Hauser/Rehberg, loc.cit.. Zum Handlungsobjekt vgl. vorne S. 54.

3 Fälle des untauglichen Subjekts. BGE 94 IV 3; Schultz, AT I, S. 254; Hauser/Rehberg, S.68. In der Lehre ist die dogmatische Behandlung dieser Frage umstritten: Jeschek, S.433 f..

4 Schwander, SJK 1128, S.6; vgl. vorne S. 88 f.

5 BGE 78 IV 146; Hauser/Rehberg, S.68; Schultz, AT I, S.254

Versuch am untauglichen Objekt liegt vor, wenn es faktisch unmöglich ist, die Tat am angegriffenen Objekt zu begehen oder ein objektives Tatbestandsmerkmal aus rechtlichen Gründen nicht verwirklicht werden kann.¹ Auf die Frage der Untauglichkeit beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug ist nachfolgend näher einzugehen.

Es fällt zunächst auf, dass in der Lehre der auch bei Art. 163 und Art. 164 StGB durchaus denkbare² Versuch mit untauglichen Mitteln praktisch kaum erwähnt wird. Das Schwergewicht der Erörterungen liegt ganz eindeutig beim Angriff auf ein aus rechtlichen Gründen untaugliches Objekt. Die publizierte Praxis hat sich bis heute überhaupt noch nie mit dem Problem des untauglichen Versuchs beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug befasst. Der von Caspar³ aufgegriffene Fall des Vortäuschens von Forderungen, welche im Falle der Anschlusspfändung oder des Konkurses nicht mit den wirklichen Gläubigern konkurrieren können und worin stets ein untauglicher Versuch liegen soll, bedarf m.E. einer gewissen Präzisierung.

1 BGE 90 IV 192; 106 IV 256

2 Beispielsweise die Auflösung einer Kollektivgesellschaft und die Uebernahme aller Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter mit dem Ziel, den anderen Gesellschaftern ihr Vermögen zu retten (Kunz, S.62; Willi, S.63) oder das Vortäuschen einer Forderung, welche nicht mit den anderen Forderungen zu konkurrieren vermag (Caspar, S.32). Da beim Verbringen eines Gegenstands an einen objektiv völlig ungeeigneten Ort überhaupt kein Beiseiteschaffen gegeben ist, entfällt diesfalls die Möglichkeit eines untauglichen Versuchs; vgl. vorne S. 149 ff..

3 Caspar, S. 32

Entscheidend ist dabei, warum es entgegen den Erwartungen des Täters nicht zur Konkurrenzierung kommt. Untauglicher Versuch dürfte dann zu bejahen sein, wenn die betreffende Forderung von Anfang an überhaupt nicht geeignet war, im konkreten Zwangsvollstreckungsverfahren berücksichtigt zu werden, beispielsweise weil ihre causa im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bzw. des Ablaufs der Frist für den Pfändungsanschluss überhaupt noch nicht gegeben war.¹

Kommt es hingegen nur deswegen nicht zur Konkurrenzierung, weil die Eingabe- oder Anschlussfrist verpasst wurde, so liegt nicht untauglicher, sondern allenfalls vollendeter oder unvollendeter Versuch vor. Zutreffend die Auffassung von Kunz², die Uebernahme von Aktiven und Passiven durch einen Kollektivgesellschaftler zwecks Rettung des Vermögens der übrigen Gesellschafter sei ein untauglicher Versuch.³

Hauptanwendungsfall des Versuchs am untauglichen Objekt stellt der Angriff auf unpfändbare Vermögenswerte dar.

Allerdings erscheint m.E. in diesem Zusammenhang die Argumentation in der Literatur vielfach zu unpräzis, indem festgehalten wird, bei der Veräusserung, Beseitigung oder Verheimlichung derartiger Objekte handle es sich generell

1 In einem Konkurs können nur solche Forderungen eingegeben werden, deren causa im Moment der Konkurseröffnung bereits vorlag; vgl. Amonn, S.311. Auch das Vortäuschen eines nicht auf Geldzahlung lautenden Anspruchs bei der Pfändung bedeutet im Rahmen von Art. 164 StGB untauglichen Versuch.

2 Kunz, S. 62

3 Die ausscheidenden Gesellschafter haften gleichwohl für Schulden der Gesellschaft persönlich, Art. 568 OR.

um untauglichen Versuch.¹ Dem kann nicht gefolgt werden. Auf untauglichen Versuch darf lediglich dann erkannt werden, wenn eine gemäss SchKG von Anfang an bestehende, vom Zeitpunkt der Beurteilung völlig unabhängige Unpfändbarkeit vorliegt.² Sobald jedoch der betroffene Wert an sich pfändungsfähig wäre und es von den Verhältnissen im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bzw. Pfändung abhängt, ob und in welchem Umfang ein bestimmter Wert zur Befriedigung der Gläubiger herangezogen werden kann, so ist m.E. der erforderliche Grad von Untauglichkeit nicht erreicht. Erweist sich bei Angriffen auf so geartete Werte der vom Täter angegriffene Gegenstand im Moment von Konkurseröffnung oder Pfändung als unpfändbar, so ist der Erfolg ausgeblieben und es muss bei vollständiger Tathandlung wegen vollendeten Versuchs (Art. 22 StGB), sonst wegen unvollendeten Versuchs (Art. 21 StGB), keinesfalls aber wegen untauglichen Versuchs (Art. 23 StGB) bestraft werden, sofern der Vorsatz des Täters sämtliche im Rahmen von Art. 163 und Art. 164 StGB erforderlichen Voraussetzungen erfüllt.³

Als weiterer Hauptanwendungsfall des Versuchs am untauglichen Objekt zu nennen ist die Tatbegehung an Werten,

-
- 1 Germann, Verbrechen, S.296 f.; Logoz, N.3 A zu Art. 163 StGB; Kunz, S. 75 und 78
 - 2 Werte mit bloss persönlichem Wert, nicht veräusserbare Gegenstände, religiöse Erbauungsbücher und Kultusgegenstände, Militärgegenstände, als unpfändbar bestellte Leibrenten. Stets zu prüfen ist jedoch, ob ein Gegenstand allenfalls für eine Auswechslung geeignet ist. Wenn ja, so ist untauglicher Versuch ebenfalls ausgeschlossen; vgl. vorne S. 120 Anm.2.
 - 3 Andeutungsweise Caspar, S.31 f. und Schwander, SJK 1128, S. 6. Alle übrigen Autoren, die sich auf den untauglichen Versuch beziehen, verkennen das Problem.

welche gar nicht zum Vermögen des Schuldners gehören und damit für eine allfällige Befriedigung der Gläubiger überhaupt nicht in Frage kommen.¹ Massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage ist jener der Handlung. Auch der untaugliche Versuch kann vollendet oder unvollendet sein, wobei wiederum vom Plan des Täters auszugehen ist. Rücktritt und tätige Reue richten sich nach den Regeln von Art. 21 Abs.2 und Art. 22 Abs.2 StGB.² Art. 23 StGB sieht eine Strafmilderung gemäss Art. 66 StGB vor.

II. MITTAETERSCHAFT UND MITTELBARE TAETERSCHAFT

1. Vorbemerkungen

Bevor nähere Ausführungen zum Problemkreis Mittäterschaft/mittelbare Täterschaft sowie zur Teilnahme³ gemacht werden, ist es unerlässlich abzuklären, ob es sich bei Art. 163 und Art. 164 StGB um Sonderdelikte handle und beziehendenfalls, ob dieselben als echte oder unechte Sonderdelikte⁴ zu qualifizieren sind.

-
- 1 Kunz, S. 59 und 101. Es kann sich um eine fehlende dingliche Berechtigung (Eigentum), einen fehlenden obligatorischen Anspruch oder ein fehlendes immaterielles Recht handeln.
 - 2 Schultz, AT I, S.255 f.; Hauser/Rehberg, S. 69
 - 3 Vgl. dazu hinten S. 208 ff..
 - 4 Sonderdelikte sind Delikte, die als Täter eine Person mit bestimmten Eigenschaften voraussetzen; Hauser/Rehberg, S.51; Schultz, AT I, S. 125; Schwander, S. 138 Nr. 273.

Dass es sich beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug um Sonderdelikte handelt, ist in Literatur und Praxis soweit auf das Problem ausdrücklich eingegangen wird, grundsätzlich unbestritten.¹ Schwieriger und auch in der Lehre kontrovers ist die Frage, ob echte oder unechte Sonderdelikte gegeben sind.² Schwander³ geht davon aus, der Gesetzgeber und die herrschende Lehre stünden auf dem Standpunkt, Art. 163 und 164 StGB seien echte Sonderdelikte. Allerdings lässt sich m.E. aus den beiden von ihm erwähnten Entscheiden des Bundesgerichts⁴ dieser Schluss nicht ziehen, wohl aber aus dem Votum von Logoz in den parlamentarischen Beratungen⁵; dieser hielt dafür, im Falle einer Teilnahmehandlung des Dritten sei Ziff. 1 anzuwenden, während Ziff. 2 von Art. 163/164 StGB nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Dritte die Tat ohne Abmachung und Zusammenarbeit mit dem Schuldner ausführe. Die Entstehungsgeschichte der Bestimmungen über betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug weist - wie Schwander zu Recht ausführt -

1 Caspar, S.19 Anm.25; Hafter I, S.388; Hafter, BT I, S.329; Löffler, S.83; Schwander SJK 1128, S.5; Schwander S.375 Nr. 590a Ziff.3; Kunz, S.26; Schultz, AT I, S.259; BGE 100 IV 41; 105 IV 175; SJZ 62(1966) S.234 ff. Nr.145; SJZ 52(1956) S.111 Nr.53; RB TG 1948 Nr.17

2 Bei den echten Sonderdelikten begründet die persönliche Tätereigenschaft die Strafbarkeit. Bei den unechten Sonderdelikten wird lediglich die Strafdrohung durch die persönlichen Eigenschaften des Täters verändert; Hauser/Rehberg, S.51; Schultz, AT I, S.125 f.; Schwander, S.138 Nr. 275.

3 Schwander, SJK 1128, S.5

4 In BGE 70 IV 74 ff. bezeichnet das Bundesgericht den Vertreter des Schuldners als Dritten gemäss Art.163/164 Ziff.2 StGB und steckt dessen Auskunftspflicht ab. In BGE 88 IV 21 ff. bestraft das Bundesgericht den Dritten zwar wegen Gehilfenschaft beim Delikt der Schuldnerin, sagt aber nicht, ob Ziff.1 oder Ziff.2 von Art. 164 StGB angewendet werden muss.

5 Sten Bull Sonderausgabe NR S.361

in ihren Anfängen auch sonst eher in die Richtung eines echten Sonderdelikts. Es war nämlich nicht so, dass Handlungen vermögensmindernder Art zum Nachteil der Gläubiger generell als strafbar betrachtet und die Tat des Schuldners darüberhinaus als besonders verwerflich eingestuft worden wäre, sondern umgekehrt, das heisst Ausgangspunkt bildete eindeutig die besondere Beziehung des Schuldners zu seinen Gläubigern bzw. dessen Bestrafung wegen Verletzung der daraus fliessenden Verpflichtung zur Vermögenserhaltung in finanziell bedrängter Lage. Die selbständige Täterschaft des Dritten stand ursprünglich überhaupt nicht zur Diskussion, sondern ausschliesslich dessen Teilnahme (Gehilfenschaft) am Delikt des Schuldners. Erst im Laufe der Beratungen setzte sich die Erkenntnis durch, dass gewisse vermögensmindernde Handlungen eines Dritten, vorgenommen im Interesse des Schuldners oder aber auch in seinem eigenen Interesse, gegenüber den betroffenen Gläubigern beinahe als ebenso verwerflich zu betrachten sind wie jene des Schuldners selbst.¹

M.E. wurde aber dadurch im Ergebnis der ursprüngliche Standpunkt, wonach erst die Schuldner-eigenschaft die Strafbarkeit begründe, preisgegeben. An die Stelle dieser These trat die Auffassung, dass es generell und unabhängig von der persönlichen Stellung für jedermann als verwerflich und damit auch als strafbar zu gelten hat, irgendwelche Gläubiger im Hinblick auf ein Zwangsvollstreckungs-

1 Vgl. zum Verlauf der Beratungen VE 1894 Art. 83; VE 1896 Art. 87; Verhandlungen der Expertenkommission, Bd. I, S. 425 f. und Bd. II, S. 556; VE 1903 Art. 95; VE 1908 Art. 98; E 1918 Art. 140 und 141; zusammenfassend SJZ 62 (1966) S. 234 ff. Nr. 145

verfahren vorsätzlich zu benachteiligen, dass aber der Schuldner eingedenk seiner besonderen Verpflichtungen den Gläubigern gegenüber und der damit verbundenen besonderen Verwerflichkeit seines Tuns einer höheren Strafandrohung zu unterstellen sei. Die von Schwander¹ und sinn-
gemäss auch von Stratenwerth² verfochtene These des un-
echten Sonderdelikts scheint deshalb schon von daher als
richtig. Aber auch der Wortlaut von Art. 163 und Art. 164 StGB und der in jeder Beziehung völlig gleichgeschaltete Aufbau von Ziff. 1 und Ziff.2³ legen aus heutiger Sicht den Schluss nahe, es handle sich beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug (je Ziff.1 von Art. 163 und Art. 164 StGB) um unechte Sonderdelikte.⁴ Daran vermag auch der - wie dargelegt historisch erklär-
 bare - Umstand, dass der qualifizierte Tatbestand im Gesetz an erster Stelle genannt ist, nichts zu ändern. Wie noch zu zeigen sein wird, ermöglicht die Konstruktion als unechtes Sonderdelikt sowohl bei der Mittäterschaft als auch bei der Teilnahme sinnvolle Lösungen, was ebenfalls für, bestimmt aber nicht gegen die genannte Auslegung der Bestimmungen spricht.

1 Schwander, SJK 1128, S. 5; Schwander, S. 375 Nr. 590a Ziff. 3

2 Stratenwerth, BT I, S. 287

3 Anders als etwa im Verhältnis zwischen Art. 317 StGB und Art. 251 StGB; vgl. BGE 95 IV 117.

4 Nach der heutigen Fassung von Art. 163/164 StGB ist grundsätzlich jedermann strafbar, der Gläubiger in einem Zwangsvollstreckungsverfahren vorsätzlich benachteiligt (Ziff. 2 als Grundtatbestand). Benachteiligt er vorsätzlich seinen eigenen Gläubiger, so hat er mit schärferer Strafe zu rechnen (Ziff.1 als abgewandelter Tatbestand); ablehnend ohne nähere Begründung: Caspar, S.19 Anm.26; RB TG 1948 Nr. 17

2. Mittäterschaft

Die im StGB nicht ausdrücklich erwähnte, jedoch von Lehre und Praxis anerkannte Mittäterschaft, das heisst das bewusste Zusammenwirken von zwei oder mehreren Personen in gleicher Verantwortung bei einer Straftat ist auch beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungs-
betrug möglich, was von sämtlichen Autoren, welche die Frage aufgreifen, grundsätzlich bejaht wird.¹

Nach Praxis des Bundesgerichts liegt Mittäterschaft vor, wenn jemand bei der Entschlussfassung, Planung oder Ausführung eines Delikts vorsätzlich und in massgeblicher Weise mit einem anderen Täter zusammenarbeitet.² Nicht nötig ist dabei, dass der Mittäter selbst aktiv an der Ausführung des Verbrechens teilnimmt, sondern es genügt die Mitwirkung an der Entschlussfassung, sofern sie derart intensiv ist, dass der Betreffende als Hauptbeteiligter dasteht.³ Massgeblich ist die gemeinsame

1 Caspar, S. 19; Kunz, S. 26; Lenherr, S. 33 f.; Corrodi, S. 49; Schwander, SJK 1128, S. 5. Von denjenigen Autoren, welche Art. 163/164 StGB als echte Sonderdelikte betrachten, wird jedoch folgerichtig verlangt, jeder Mittäter müsse Schuldner-eigenschaft aufweisen; vgl. dazu hinten S. 209 f..

2 BGE 98 IV 259; 101 IV 49; 101 IV 311; 101 IV 170

3 Nach Hauser/Rehberg (S. 81) genügt es nicht, dass jemand intensiv bei Entschlussfassung und Planung mitwirkt. Er muss auch bei der Ausführung - wenn nicht selbst aktiv mitwirken - so doch mitentscheiden; in diesem Sinne wohl auch Schultz, AT I, S. 264.

Ausübung der Tatherrschaft, das heisst jeder Mittäter muss zusammen mit dem anderen über die Ausführung der Tat entscheiden und deren Ablauf kontrollieren.¹ Zum gemeinsamen Tatentschluss gehört für jeden Täter das Vorhandensein eines intakten Vorsatzes, welcher zudem auf die gemeinsame Tatbegehung hin ausgerichtet sein muss.²

Beteiligen sich mehrere Personen an einer Straftat, so ist nach den allgemeinen Regeln abzuklären, wer als Täter³ und wer als blosser Teilnehmer⁴ in Frage kommt.⁵ Ferner muss klargelegt werden, wer als Schuldner und wer als Dritter im Sinne von Art. 163/164 Ziff.1 und Ziff.2 StGB zu gelten hat.⁶ Wirkt ein Dritter mit dem Schuldner als Mittäter zusammen, so ist auf ihn die Strafdrohung von Art. 163 Ziff.2 oder Art. 164 Ziff. 2 StGB anzuwenden,

- 1 Dass der Mittäter selbst ein objektives Tatbestandsmerkmal erfüllt, ist nicht erforderlich. Es genügt die Uebernahme einer anderen im Gesamtplan wichtigen Teilaufgabe. Derjenige, der durch sein Verhalten alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist jedoch stets als Mittäter und nicht als Teilnehmer zu betrachten; vgl. Hauser/Rehberg, S.81 f.; Schultz, AT I, S.264 f..
- 2 Hauser/Rehberg, S.81; Schultz, AT I, S.265. Nachträgliches Beitritt zum Tatentschluss bis spätestens zum Beginn der Tatausführung ist möglich. Zum Inhalt des Vorsatzes bei Art. 163/164 StGB vgl. vorne S. 182 ff.
- 3 Alleintäter, Mittäter, mittelbarer Täter.
- 4 Zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme vgl. hinten S. 212 ff..
- 5 Schwander, SJK 1128, S.5; Hafter, BT I, S. 341
- 6 Als Dritte gelten z.B. Vertreter des Schuldners oder Personen, welche nicht die von Art. 172 StGB geforderten Eigenschaften aufweisen; vgl. vorne S. 101 f. und 108.

während der Schuldner wegen Verstosses gegen Ziff.1 bestraft wird.¹ Das strafe erhöhende Merkmal der Schuldnerqualität gemäss Ziffer 1 von Art. 163 und Art. 164 StGB muss als rein persönlicher Umstand² gewertet werden, der nach der Praxis nicht akzessorisch³ behandelt werden darf, das heisst bloss dem Schuldner und nicht dem Dritten zuzurechnen ist. Abweichende Ansichten⁴, welche auf der Annahme basieren, bei Art. 163 und Art. 164 StGB handle es sich um echte Sonderdelikte, weshalb als Mittäter lediglich ein ebenfalls betriebener Schuldner desselben Gläubigers in Frage komme, sind m.E. überholt. Mit Recht wird darauf hingewiesen⁵, die Frage der Mittäterschaft dürfte am ehesten bei verpönten vermögensmindernden Handlungen im Geschäftsbetrieb einer Gesellschaft aktuell werden, wobei natürlich sorgfältig zu prüfen ist, wer

-
- 1 Schwander, SJK 1128, S.5; Schwander, S.139 Nr. 277. Es handelt sich dabei um eine Folge der Konstruktion von betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug als unechte Sonderdelikte.
 - 2 Es ist eindeutig nicht die Art und Weise der Tatbegehung, sondern die Tütereigenschaft als solche, das heisst die erhöhte Verpflichtung des Schuldners gegenüber den Gläubigern, welche die Strafbarkeit erhöht; vgl. Hauser/Rehberg, S. 73.
 - 3 Art. 26 StGB. Zur Frage der Akzessorietät vgl. Schultz, AT I, S. 268 f.; Hauser/Rehberg, S. 71 ff.; Schwander, S. 128 ff.; BGE 77 IV 46; 81 IV 289; 95 IV 116; 105 IV 186 f..
 - 4 Caspar, S.19; Kunz, S.26; Lenherr, S.33; Corrodi, S.49; Schwander, SJK 1128 S.5 (in folgerichtiger Anwendung der von ihm als herrschende bezeichneten, jedoch abgelehnten Auffassung, Art. 163/164 StGB seien echte Sonderdelikte). Bei Mittäterschaft eines Extraneus am echten Sonderdelikt sinkt dessen Mitwirkung eo ipso auf die Stufe eines Teilnehmers (umstritten); vgl. Schultz, AT I, S.265; Hauser/Rehberg, S. 82.
 - 5 Corrodi, S. 49; Caspar, S.18; Kunz, S. 26 und 29

als Täter und wer als blosser Teilnehmer einzustufen ist.¹ Wollen der Schuldner und ein Dritter die Tat durch Verheimlichen bzw. durch Unterlassung begehen, so ist sorgfältig zu prüfen, ob und in welchem Umfang eine Auskunftspflicht bestand.²

3. Mittelbare Täterschaft

Als mittelbarer Täter wird derjenige bezeichnet, welcher einen anderen Menschen als sein willenloses oder nicht vorsätzlich handelndes Werkzeug benutzt, um die strafbare Handlung ausführen zu lassen. Die subjektiven Merkmale des betreffenden Tatbestandes müssen beim mittelbaren Täter gegeben sein, während an dessen Stelle der Tatmittler die objektiven Tatbestandsmerkmale ganz oder zum Teil verwirklicht.³ Die Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft wird auch für den Bereich des betrügerischen Konkurses und des Pfändungsbetrugs bejaht.⁴ Keine Probleme ergeben sich im Zusammenhang mit der Eigenschaft von Art.

1 Vgl. zur Abgrenzung hinten S.212 f. und 216. Zur Problematik der Mittäterschaft beim Unterlassungsdelikt und bei der Deliktsbegehung einerseits durch den pflichtwidrig passiv bleibenden Firmeninhaber (unechtes Unterlassungsdelikt) andererseits durch aktiv handelnde Organe vgl. BGE 96 IV 174; Hauser/Rehberg, S. 139 und vorne S. 111.

2 Vgl. vorne S. 98 ff. und 101 f..

3 BGE 71 IV 136; 77 IV 91; 101 IV 310; Schultz, AT I, S. 260 f.; Hauser/Rehberg, S.85; Schwander, S. 127 f.

4 Kunz, S.26; Schwander, SJK 1128, S.3; Lenherr, S.33. BGE 88 IV 23 Erw.la dürfte auch einen solchen Fall darstellen. Die Bemerkung von Kunz (S.26) mittelbare Täterschaft sei bei Art. 163/164 StGB selten, da es sich um ein echtes Sonderdelikt handle, ist nicht einleuchtend.

163 und Art. 164 StGB als Sonderdelikte. Während der Tatmittler in der Regel straflos bleibt, untersteht der Schuldner als mittelbarer Täter Ziffer 1, der Dritte Ziffer 2 von Art. 163 oder Art. 164 StGB.

III. TEILNAHME

1. Anstiftung

Wer einen anderen vorsätzlich zur Begehung einer Straftat bestimmt, macht sich der Anstiftung schuldig (Art. 24 Abs. 1 StGB). Er unterliegt der Strafdrohung jenes Delikts, zu welchem er angestiftet hat. Die Tathandlung hat somit zum Ziel, bei einer Drittperson den Tatentschluss hervorzurufen.¹ Subjektiv ist Vorsatz erforderlich, was voraussetzt, dass der Anstifter sich die auszuführende Tat vorstellt und ihre Strafbarkeit kennt, ferner, dass er deren Ausführung durch den Dritten will.² Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale wie Absichten, Beweggründe, etc. braucht der Anstifter nicht selbst zu verwirklichen, sondern es genügt, wenn er annimmt, diese würden vom Anzustiftenden verwirklicht.³

1 Hauser/Rehberg, S.74; Schultz, AT I, S. 269; Schwander, S. 130 ff.

2 Zum Inhalt des Vorsatzes beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug, welcher auch den Vorsatz des Anstifters determiniert vgl. vorne S. 182 ff..

3 Schultz, AT I, S. 271; Hauser/Rehberg, S. 74

Objektiv besteht die Handlung des Anstifters in einem irgendwie gearteten Einwirken auf den Willen einer anderen Person.¹ Vollendet ist die Anstiftung als Erfolgsdelikt mit dem Versuch der Vornahme des ins Auge gefassten Delikts durch den Dritten. Dieser Versuch muss nur tatbestandsmässig und rechtswidrig, nicht aber schuldhaft sein.² Ob Anstiftung oder Mittäterschaft vorliegt, entscheidet sich aufgrund aller Tatumstände wie Mitwirkung bei der Entschlussfassung, Planung, Vorbereitung, Ausführung und Ausnützung der Tat sowie nach dem Inhalt des Vorsatzes.³

Unbestritten ist, dass bei Art. 163 und Art. 164 StGB der Dritte Anstifter zur Tat des Schuldners sein kann.⁴ Da diese Delikte unechte Sonderdelikte sind und es sich bei der Schuldnerereigenschaft um ein strafe erhöhendes persönliches⁵ Merkmal handelt, ist der Dritte als Anstifter der Strafdrohung von Art. 163/164 Ziff.2 StGB unter-

1 Allerdings darf weder Irreführung noch Zwang vorliegen, da sonst der Vorsatz bei der Drittperson ausgeschaltet und u.U. mittelbare Täterschaft gegeben ist; vgl. Schultz, AT I, S. 269; Hauser/Rehberg, S.75.

2 BGE 81 IV 291; Hauser/Rehberg, S.76; Schultz, AT I, S.271. Dasselbst auch zum Anstiftungsversuch und Anstiftungsexzess.

3 Schultz, AT I, S.273; BGE 85 IV 133; 88 IV 125. Liegen Anstiftung und Mittäterschaft vor, so geht nach Auffassung des Bundesgerichts die Anstiftung in der Mittäterschaft auf; vgl. BGE 100 IV 3; 101 IV 50.

4 Schwander, SJK 1128, S.3 f. und 5; Kunz, S.33; Caspar, S.19; Stratenwerth, BT I, S.287; Hafter, BT I, S.341; Hafter II, S.10.

5 Nicht die Art und Weise der Rechtsgutsbeeinträchtigung, sondern das persönliche Pflichtverhältnis zum Gläubiger lassen die Tat des Schuldners als besonders verwerflich erscheinen.

worfen.¹ Als praktisches Beispiel einer Anstiftung mehrfach erwähnt wird der Beschluss einer Generalversammlung zur Begehung einer Bankrotthandlung im Rahmen des Betriebs einer Gesellschaft, welche hernach von den Gesellschaftsorganen in die Tat umgesetzt wird.² Die Teilnehmer an der Generalversammlung haften bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen als Anstifter, die ausführenden Organe sind Täter.³ Da sowohl Verwaltungsorgane als auch die Generalversammlung der Aktionäre in den Kreis der von Art. 172 StGB erfassten Personen eingeordnet werden können⁴, sind beide der schärferen Strafdrohung von Art. 163 und Art. 164 Ziff.1 StGB unterworfen. Ausgenommen sind jene Fälle, in denen die ausführende Person lediglich untergeordnete Funktionen ohne Entscheidungsbefugnis ausübt.

Strafbar ist umgekehrt aber auch die Anstiftung des Dritten durch den Schuldner, wobei auch diesfalls nicht akzessorisch vorzugehen und der Dritte als Täter Ziff.2 von Art. 163/164 StGB, der Schuldner als Anstifter dagegen der schärferen Strafdrohung von Ziff. 1 zu unterstellen

1 Hauser/Rehberg, S.73; Schwander, SJK 1128, S.5; Schwander, S. 375 Nr. 590a Ziff.3; Stratenwerth, BT I, S.287; abweichend: Caspar, S.19. BGE 88 IV 21 ff. lässt die Frage offen. Ist der Anstifter ebenfalls Schuldner desselben Gläubigers so muss auf ihn selbstverständlich ebenfalls Ziffer 1 angewendet werden.

2 Karmann, S. 54; Schwander, SJK 1128, S. 3 f.; Kunz, S. 28

3 Aufgrund der Umstände des Einzelfalls kann sich aber auch eine andere Wertung ergeben, z.B. Mittäterschaft oder mittelbare Täterschaft der Teilnehmer an der Generalversammlung; vgl. Schwander, SJK 1128, S.4.

4 Näheres dazu vgl. vorne S.109 f. .

ist.¹ Damit kann das von Caspar² bedauerte stossende Ergebnis - Unterwerfung auch des Schuldners unter Ziff. 2 - vermieden werden. Zu beachten ist, dass bei dieser Konstellation Anstiftungsversuch straflos bleibt, da es sich beim Delikt des Dritten lediglich um ein Vergehen handelt.³

2. Gehilfenschaft

Wer einem anderen bei der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens vorsätzlich Hilfe leistet, wird wegen Gehilfenschaft bestraft (Art. 25 StGB). Er untersteht derselben Strafdrohung wie die Haupttat, doch kann die Strafe gemäss Art. 65 StGB gemildert werden. Der Vorsatz des Gehilfen ist darauf gerichtet, die fremde vorsätzliche Tat zu unterstützen, wobei er sich dem Willen des Haupttäters unterwerfen und nur dessen Delikt erleichtern will. Der Gehilfe muss die Haupttat und die Strafbarkeit des Haupttäters kennen.⁴ Objektiv umfasst die Gehilfenschaft jede Förderung der von einer anderen Person beschlossenen und ausgeführten Tat.⁵ Die Hilfe kann zeitlich bereits bei der

-
- 1 Art. 24 StGB in Verbindung mit Art. 163/164 Ziff.1 StGB; vgl. die vorne S. 214 Anm. 1 erwähnten Autoren. SJZ 52(1956) S.111 Nr.53 und BGE 88 IV 28 lassen die Frage, ob Ziff.1 oder Ziff.2 anzuwenden sei, offen (betrifft Gehilfenschaft). Bejahung der Möglichkeit der Anstiftung Dritter durch den Schuldner: Logoz, N.2 zu Art. 163; Kunz, S. 38; Corrodi, S.49; Lenherr, S.40.
 - 2 Caspar, S.20. Kunz (S.30) vertritt die Auffassung, meist sei der Schuldner hier allerdings Haupttäter infolge seines intensiven deliktischen Willens.
 - 3 Art. 24 Abs.2 StGB; BGE 88 IV 26
 - 4 Schultz, AT I, S.275; Hauser/Rehberg, S. 78
 - 5 BGE 70 IV 19; 96 IV 116. Psychische Gehilfenschaft ist jede seelische Einwirkung, durch welche dessen Tatbereitschaft gestützt und gefördert wird (BGE 70 IV 19; 79 IV 147); physische Gehilfenschaft ist jede tatsächliche Förderung der Haupttat (BGE 75 IV 180; 104 IV 159); vgl. Hauser/Rehberg, S. 78; Schultz, AT I, S. 274.

Planung oder Vorbereitung der Haupttat und bis zu deren Vollendung geleistet werden.¹ Wie die Anstiftung ist auch die Gehilfenschaft ein Erfolgsdelikt, welches mit dem Versuch der Haupttat vollendet ist, sofern der Gehilfe seinen Beitrag geleistet hat.² Für die Frage, ob Täterschaft oder Gehilfenschaft vorliege, müssen objektive und subjektive Kriterien herangezogen werden. Einerseits muss der Gehilfe seinen Vorsatz einzig auf die Unterstützung der fremden Tat und die Unterordnung unter den Willen des Haupttäters ausgerichtet haben. Andererseits muss sein objektiver Tatbeitrag von untergeordneter Bedeutung sein; Tatherrschaft und Entscheidungsbefugnis über die Tatausführung liegen allein beim Haupttäter.³

Die Gehilfenschaft ist, wie auch die Anstiftung, sowohl beim betrügerischen Konkurs als auch beim Pfändungsbetrug strafbar.⁴ Wiederum ist im Einzelfall zu entscheiden, wer

-
- 1 BGE 98 IV 84; 99 IV 124; Hauser/Rehberg, S.79; Schultz, AT I, S. 274 f.. Zur Frage der Vollendung bei Art. 163/164 StGB vgl. vorne S. 178 ff..
 - 2 BGE 74 IV 133; Schultz, AT I, S. 275; Hauser/Rehberg, S. 79. Ob der Haupttäter bestraft werden könne, spielt keine Rolle. Es genügt, wenn die Haupttat bzw. der Versuch tatbestandsmässig und rechtswidrig ist. Zum Versuch der Gehilfenschaft und zum Gehilfenschaftsexzess vgl. Schultz, AT I, S.276; Hauser/Rehberg, S. 79.
 - 3 Schultz, AT I, S. 263 f. und 276; Hauser/Rehberg, S.80 und 82
 - 4 Hafter, BT I, S.341 und 345; Hafter II, S.10 und 16; Caspar, S.19; Kunz, S.28,30,33 und 40; Logoz, N.2 zu Art. 163 StGB; Germann, Verbrechen, S.295; Thormann/von Overbeck, N.10 zu Art. 163 StGB; Stratenwerth, BT I, S. 287; Lenherr, S.40; BGE 88 IV 27 f.; RB TG 1948 Nr.17. Konkurrenz zwischen Gehilfenschaft und Mittäterschaft ist entgegen Kunz (S. 33 f.) ausgeschlossen; vgl. Hauser/Rehberg, S.80.

als Schuldner und wer als Dritter zu qualifizieren ist und sodann, welche von den sich beteiligenden Personen als Täter und welche als blosser Gehilfen einzustufen sind. Die Unterstellung unter Ziff. 1 oder Ziff. 2 von Art. 163/164 StGB als Täter oder Gehilfe vollzieht sich nach den bereits bei der Anstiftung¹ angewendeten Grundsätzen, das heisst auf Schuldner derselben Gläubiger wird stets Ziff. 1, auf Dritte stets Ziff. 2 angewendet.

K. RECHTSWIDRIGKEIT

I. VORBEMERKUNGEN

Tatbestandsmässiges Verhalten, das heisst die objektive und subjektive Erfüllung eines im Strafrecht umschriebenen Tatbestandes, ist nur dann strafbar, wenn es auch als rechtswidrig einzustufen ist.² Liegen Rechtfertigungsgründe vor, so entfällt die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmässigen Handlung. Rechtfertigungsgründe sind Erlaubnissätze, durch welche die Verletzung eines strafrechtlichen Gebots oder Verbots unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise als zulässig erklärt wird. Ob solche Erlaubnissätze gegeben sind, muss anhand der gesamten Rechtsordnung geprüft werden. Es können gesetzliche³

1 Vgl. vorne S. 214 f. und dortige Zitate

2 Gemeint ist dabei die sogenannte materielle Rechtswidrigkeit. Formelle Rechtswidrigkeit liegt bereits mit der Tatbestandsmässigkeit vor; vgl. Hauser/Rehberg, S. 89; Schultz, AT I, S. 132 ff..

3 Es kann sich dabei um strafgesetzliche (Art. 33 und 34 StGB) und um ausserstrafgesetzliche (ZGB, OR, Verwaltungsrecht) Normen handeln.

und aussergesetzliche¹ Rechtfertigungsgründe unterschieden werden. Die Anwendung der Rechtfertigungsgründe erfordert eine Güterabwägung, das heisst es muss geprüft werden, ob der Eingriff in ein fremdes Rechtsgut zum Schutz eines anderen Rechtsguts erlaubt sei. Zu beachten sind dabei die Prinzipien der Subsidiarität² und der Verhältnismässigkeit.³

II. EINZELNE RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

In Betracht zu ziehen ist beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug zunächst der Rechtfertigungsgrund des Notstandes, das heisst der Eingriff des Schuldners oder des Dritten in das durch diese Tatbestände geschützte Rechtsgut (Geldforderungen der Gläubiger) mit dem Zweck, eigene oder fremde Rechtsgüter aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten.⁴ Germann⁵ nennt als Beispiel die Vermögensverminderung zur Befriedigung dringender Bedürfnisse der eigenen Familie.

-
- 1 Die aussergesetzlichen Rechtfertigungsgründe werden bald mit den übergesetzlichen gleichgestellt (Hauser/Rehberg, S. 91 und 99 ff.) bald werden sie als zwei verschiedene Gruppen behandelt (Schultz, AT I, S.139 und 161).
 - 2 Vorrang weniger weit gehender Eingriffe.
 - 3 Eingriff in das fremde Rechtsgut darf nicht weiter gehen als unbedingt nötig; Hauser/Rehberg, S.90; Schultz, AT I, S. 136.
 - 4 Art. 34 StGB. Zu den Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes im einzelnen vgl. Schultz, AT I, S.149 ff.; Hauser/Rehberg, S.94 ff.. Der Dritte, der die Tat begeht zur Abwendung einer Gefahr für die Rechtsgüter des Schuldners, untersteht der Vorschrift über die Notstandshilfe (Art.34 Ziff.2 StGB). Dies gilt auch für den Schuldner, der zugunsten gefährdeter Dritter sein Vermögen verringert.
 - 5 Germann, Verbrechen, S. 296; Kunz, S. 79

Es kann jedoch entgegen der Auffassung von Germann nicht generell gesagt werden, bei Befriedigung derartiger Bedürfnisse sei das Verhalten des Täters stets gerechtfertigt. Vielmehr sind die beiderseitigen Interessen im konkreten Einzelfall genau zu prüfen und gegeneinander abzuwägen. Dabei muss sich das gefährdete Rechtsgut als wesentlich höherwertig erweisen als jenes der Gläubiger auf Befriedigung ihrer Geldforderungen, weshalb die Preisgabe des gefährdeten Rechtsguts als unzumutbar erscheint.¹ Fehlen dürfte es beim erwähnten Beispiel vielfach an der Voraussetzung, wonach die drohende Gefahr nicht anders abgewendet werden kann² als durch den tatbestandsmässigen Eingriff in die Rechte der Gläubiger. Öffentliche Fürsorgeeinrichtungen, Krankenkassen oder Hilfe von Verwandten und Freunden erlauben dem Schuldner oftmals ohne Angriff auf die Gläubigerrechte die bestehende Notlage für den Moment zu beseitigen.³ Ist derartige Hilfe nicht verfügbar und müssen zur Beseitigung der Gefahr Darlehen aufgenommen werden, so ist darauf zu achten, dass diese zu möglichst günstigen Konditionen abgeschlossen werden, das heisst zu einem üblichen Zinssatz mit gängiger Rückzah-

-
- 1 Fehlt diese Voraussetzung, so fällt Notstand ausser Betracht. Bei Gleichwertigkeit der Rechtsgüter kann entschuldbarer Notstand vorliegen. Höherwertigkeit dürfte vor allem bei einer Gefahr für Leib und Leben des Schuldners oder seiner Familie gegeben sein (Krankheit, fehlende Nahrung usw.). Diese Gefahr muss unmittelbar drohen und höchstwahrscheinlich sein; vgl. Schultz, AT I, S.150 f.; BGE 101 IV 5.
 - 2 Prinzip der Subsidiarität, das heisst jede andere zumutbare Reaktion auf die Gefahr geht vor; vgl. BGE 101 IV 5; Hauser/Rehberg, S.94; Schultz, AT I, S.151.
 - 3 Anders u.U. für eine Firma, die Schulden eingehen muss, um die Löhne ihrer Arbeiter zu bezahlen. Hier dürfte rechtfertigender Notstand vorliegen, da andere Mittel kaum verfügbar sein werden.

lungsverpflichtung. Ueberschreitet der Täter die Grenzen des Notstandes, so bleibt die Tat rechtswidrig, doch kann der Richter die Strafe gemäss Art. 66 StGB mildern.¹

Putativnotstand liegt vor, wenn sich der Täter über das tatsächliche Vorliegen einer Notstandssituation im Irrtum befindet. Nach der Praxis ist diesfalls gemäss Art.19 StGB (Tatbestandsirrtum) vorzugehen.²

Eher theoretischer Natur dürfte im Rahmen von Art. 163 und Art. 164 StGB der Rechtfertigungsgrund der Notwehr (Art. 33 StGB) sein³, weshalb auf eine nähere Erörterung verzichtet werden kann.⁴

Art. 32 StGB verweist sodann auf gesetzlich normierte Gebote und Erlaubnissätze, welche sich grundsätzlich in irgendwelchen generell abstrakten Erlassen jedwelcher

- 1 Art. 34 Ziff.1 Abs.2 StGB; Schultz, AT I, S.153; Hauser/Rehberg, S.95. Notstandsüberschreitung ist z.B. gegeben bei selbstverschuldeter Notstandssituation, bei Verletzung der Grundsätze von Proportionalität oder Verhältnismässigkeit und bei Zumutbarkeit der Preisgabe des gefährdeten Rechtsguts. Wer z.B. bei Krankheit den Arzt selbst voll bezahlt, anstatt die rückständigen Krankenkassenprämien zu einem tieferen Betrag zu bezahlen, überschreitet die Grenzen des Notstandes.
- 2 Hauser/Rehberg, S.95; Schultz, AT I, S.207 f.; BGE 75 IV 52. Bei Irrtum über die sich aus einer Gefährdung ergebenden Befugnisse liegt hingegen Verbotsirrtum vor; vgl. vorne S. 193 und hinten S. 229.
- 3 Immerhin wäre denkbar, dass der Gläubiger zur Deckung seiner Forderung einen rechtswidrigen Angriff auf das Vermögen des Schuldners unternimmt, vgl. den Sachverhalt des in SJZ 62(1966) S.234 ff.Nr.145 publizierten Falles. Allerdings werden die von Art. 163/164 StGB unter Strafe gestellten Handlungen kaum je eine angemessene und geeignete Antwort auf diesen Angriff darstellen.
- 4 Zur Notwehr im allgemeinen Näheres bei Schultz, AT I, S. 145 ff. und Hauser/Rehberg, S.91

Stufe finden können. Zu prüfen ist jedoch stets, ob sie im Einzelfall das strafrechtliche Verbot oder Gebot zu derogieren vermögen, was nach der Praxis nur dann der Fall ist, wenn die derogierende Norm so wichtig ist, dass ihr der Vorrang eingeräumt werden muss.¹ Auch bei Vorliegen von Erlaubnissätzen und bei der Ausübung von Amts- und Berufspflichten ist eine Güterabwägung vorzunehmen bzw. sind die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit zu beachten.² Zu beachten ist beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug insbesondere, dass vermögensmindernde Angriffe auf eigenes Vermögen deswegen gerechtfertigt sein können, weil sie sich auf Werte beziehen, denen von den Betreibungs- und Konkursbehörden Kompetenzqualität zuerkannt wurde bzw. die vom Täter verwendeten Geldmittel innerhalb der amtlich festgelegten Notbedarfsgrenze liegen.³ Da dieses Vermögen dem Schuldner zu freier Verfügung zusteht, kann dessen Verwendung, obwohl objektiv zum Nachteil der Gläubiger, nicht als rechtswidrig qualifiziert werden.⁴ Wesentlich ist, dass die Verwendung solcher Mittel erst dann als im Sinne von Art. 32 StGB erlaubt gelten kann, wenn von den Betreibungs- und

1 Schultz, AT I, S.142; Hauser/Rehberg, S.98; BGE 85 IV 5; 94 IV 7

2 Hauser/Rehberg, S.97

3 Art 92-94 SchKG. Wie vorne (S.121 f., 175 ff. und 198 ff.) dargelegt, handelt es sich auch bei Angriffen auf unpfändbares Vermögen um eine relevante Vermögensminderung, doch fehlt es allenfalls am Nachteil für die Gläubiger (Versuch).

4 Auch auf diesem Weg kann somit jenen Autoren, welche nur das ungerechtfertigte Verbrauchen als strafbare Handlung gemäss Art. 163/164 StGB betrachten, im Ergebnis Rechnung getragen werden; vgl. vorne S.134 ff..

Konkursbehörden die Unpfändbarkeit rechtskräftig festgestellt worden ist; die Entscheidung hierüber kann niemals dem Schuldner selbst oder einem Dritten zustehen.¹ Der erwähnte Rechtfertigungsgrund erlangt mithin praktische Bedeutung ausschliesslich für vermögensmindernde Handlungen nach Konkursöffnung oder Pfändung. Denkbar wäre u.U. auch, dass ein Schuldner oder Dritter versuchen könnte, sich unter Berufung auf eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht zu rechtfertigen.² Abgesehen davon, dass solche Geheimhaltungspflichten nach der Praxis im Bereich des SchKG von einer Auskunftserteilung gegenüber den Betreibungs- und Konkursbehörden nicht zu entbinden vermögen³ würden sie ohnehin als Rechtfertigungsgründe im vorliegenden Zusammenhang kaum praktische Bedeutung erlangen, da die fehlende Auskunftspflicht bereits die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens entfallen lässt.⁴ Die Erfüllung einer bloss sittlichen Pflicht ist vom Bundesgericht als Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 32 StGB ausgeschlossen worden.⁵

1 Amonn, S. 162; Jaeger. N.1 lit.F zu Art. 92 SchKG; Hafter, BT I, S.342 Anm.2; Hafter II, S.12 Anm.1

2 Berufs-, Geschäfts- oder Amtsgeheimnis.

3 BGE 51 III 37; 66 III 30; 92 III 42; 103 III 91; Amonn, S. 152, 329 und 379; Fritzsche, Bd.I, S.171 f.

4 Das Berufsgeheimnis kann nur eine Rolle spielen bei jenen Tatbestandsvarianten, die durch Abgabe falscher Erklärungen bzw. durch Unterlassung begangen werden.

5 BGE 97 IV 23

Als möglicher Rechtfertigungsgrund beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug muss auch die Einwilligung des Verletzten ins Auge gefasst werden.¹ Da es sich dabei um einen Verzicht auf vermögensrechtliche Ansprüche² handelt, erscheint ein solcher aus der Sicht des einzelnen Gläubigers an sich unproblematisch, sofern nicht dadurch die Grenzen des Rechts oder der Sittlichkeit überschritten werden.³ Nun ist aber in der Regel nicht bloss ein einziger, sondern es sind meist mehrere Gläubiger vorhanden. M.E. vermag diesfalls die Einwilligung die tatbestandsmässige Handlung des Schuldners nur dann zu rechtfertigen, wenn sie von sämtlichen Gläubigern abgegeben worden ist. Läuft bereits ein Zwangsverwertungsverfahren, so genügt die Einwilligung derjenigen Gläubiger, die sich daran beteiligen.⁴

Wie bereits vorne⁵ ausgeführt, bietet sich de lege lata

-
- 1 Es handelt sich hier um einen ausser- oder übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund. Die Einwilligung muss vor dem rechtswidrigen Eingriff des Täters erteilt worden sein. BGE 99 IV 209 ff.; vgl. im einzelnen Schultz, AT I, S.153 ff.; Hauser/Rehberg, S. 100 f..
 - 2 Wie vorne festgehalten, schützen Art. 163/164 StGB nicht die Interessen der Rechtspflege.
 - 3 Ueber die weiteren formellen Anforderungen einer Einwilligung vgl. Hauser/Rehberg, S.101 und Schultz, AT I, S.155.
 - 4 Beim Konkurs sind im Prinzip stets alle Gläubiger beteiligt, es sei denn, deren Anmeldung erfolge zu spät. Bei der Pfändung ist die Einwilligung aller Gläubiger einer bestimmten Pfändungsgruppe erforderlich. Erleiden die Gläubiger wegen der vermögensmindernden Handlung einen Verlust bzw. einen höheren Verlust, so kann dieser denjenigen Gläubigern gegenüber, die keine Einwilligung erteilt haben, nicht gerechtfertigt sein. Um sicher zu gehen, wird der Schuldner stets die Eingabe- bzw. Anschlussfristen abwarten.
 - 5 Vgl. vorne S. 134 ff.

keine Möglichkeit, wirtschaftlich längerfristig sinnvolles Handeln des Schuldners bereits durch Verneinung des objektiven Tatbestands von einer möglichen Bestrafung auszuschliessen. Fragen könnte sich, ob nicht in diesem Bereich Raum wäre für die Anwendung des aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Ein solcher wurde vom Bundesgericht¹ im Prinzip zugelassen, dessen Anwendungsbereich jedoch nicht in jeder Beziehung klar abgesteckt.² Fest steht jedoch, dass der Täter keinesfalls zu ungesetzlichen Handlungen greifen darf, solange zur Erreichung desselben Ziels noch andere, innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenze liegende Mittel zur Verfügung stehen.³ Offen blieb in der Praxis bisher weitgehend, welche konkrete Sachlage eine allfällige Berechtigung zum Eingriff in fremde Rechtsgüter zur Wahrnehmung berechtigter Eigeninteressen auszulösen vermöchte.⁴ Schultz⁵ sieht eine solche dann, wenn sich die eine an sich zulässige Tätigkeit strafrechtlich schützende Norm im Einzelfall als zu starre Begrenzung erweisen würde. Derartige Fälle lassen sich aber im Be-

1 BGE 82 IV 18; 94 IV 70

2 Immerhin soll dieser Rechtfertigungsgrund nicht weniger streng gehandhabt werden als jener des Notstandes; Hauser/Rehberg, S.99; BGE 94 IV 70.

3 BGE 94 IV 70

4 Hauser/Rehberg, S.100

5 Schultz, AT I, S. 158; vgl. auch (weitergehend) Germann, Verbrechen, S. 213 f.; ZR 72 (1973) Nr. 107; ZR 68 (1969) Nr. 45.

reich des betrügerischen Konkurses und Pfändungs Betrugs durchaus vorstellen.¹

L. SCHULD

I. VORBEMERKUNGEN

Als Schuld im strafrechtlichen Sinne wird die Vorwerfbarkeit des tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Verhaltens gegenüber dem Täter bezeichnet.² Vorwerfbarkeit liegt vor, wenn dieser entsprechend seinen psychischen und physischen Fähigkeiten in der Lage war, die Rechtswidrigkeit seines Tuns zu erkennen und sich entsprechend dieser Erkenntnis zu verhalten³, ferner dann, wenn nicht infolge äusserer Umstände dem Täter die Möglichkeit fehlte, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erkennen und sich entsprechend zu verhalten.⁴ Das StGB

1 Eine nicht erheblich überschuldete Gesellschaft hat beispielsweise die Chance, in einem reichen Land am persischen Golf einen grossen lukrativen, nach zwei Jahren mit Sicherheit gewinnbringenden Auftrag auszuführen. Sie muss jedoch gewisse Vorleistungen erbringen (Planung, Projektierung) und zu diesem Zweck weitere Schulden eingehen. Das von Art. 163 und Art. 164 StGB geforderte absolute Stillhalten wäre diesfalls eine zu starre Regel. Die Tat erscheint als Wahrnehmung berechtigter Interessen und somit als gerechtfertigt. Es ist in jedem Fall eine sorgfältige Interessenabwägung nötig, was sich jedoch bei einer Mehrheit von Gläubigern mit ganz verschiedener Interessenlage als schwierig erweisen kann. Ähnliche Ueberlegungen liessen sich anstellen bei persönlichen Ausgaben, sofern weder die Voraussetzungen des Notstandes noch jene von Art. 32 StGB (Ausgabe innerhalb Notbedarf, vgl. vorne S. 221 f.) gegeben sind.

2 Hauser/Rehberg, S.103

3 Schultz, AT I, S. 168 ff.; Hauser/Rehberg, S. 104. Diesen Punkt greifen Art. 10 und 11 StGB auf (Zurechnungsunfähigkeit als Schuldumherungsgrund).

4 Hauser/Rehberg, S. 103. Hier schliessen Verbotsirrtum, Notwehrexzess (bei entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung), entschuldigender Notstand und Nötigungsnotstand an; vgl. dazu hinten S. 230 f..

geht davon aus, dass in der Regel die Fähigkeit zu rechtmässiger Verhaltensweise besteht, das heisst es ist zu prüfen, ob diese Fähigkeit fehlt, ob nicht besondere Schuldausschlussgründe die Vorwerfbarkeit gegenüber dem Täter aufheben.

II. ZURECHNUNGSUNFAEHIGKEIT (Art. 10 StGB)

Vorausgesetzt wird das Vorliegen einer Geisteskrankheit das heisst ein abnormer Zustand der Psyche im Sinne einer anhaltend groben Störung der Verstandestätigkeit, die sich auf die Fähigkeit zu normaler Willensbildung auswirken.¹ Daraus folgen muss die Unfähigkeit des Täters, entweder das Unrecht seiner Tat einzusehen oder dieser Einsicht gemäss zu handeln.² Zurechnungsunfähigkeit ist stets im Hinblick auf eine ganz bestimmte Tat und einen bestimmten Zeitpunkt zu klären.³ Liegt Zurechnungsunfähigkeit vor, so bleibt der Täter straflos.⁴ Im Zusammenhang mit Art. 163 und Art. 164 StGB ergeben sich diesbezüglich keine Besonderheiten.

III. VERBOTSIRRTUM (Art. 20 StGB)

Von einem Verbotsirrtum⁵ wird dann gesprochen, wenn der

1 Biologische Komponente.

2 Psychologische Komponente.

3 Hauser/Rehberg, S.105; Schultz, AT I, S. 201.

4 Es können allerdings Massnahmen gemäss Art. 43 oder Art. 44 StGB angeordnet werden.

5 In StGB Art. 20 wird dieser als Rechtsirrtum bezeichnet.

Täter tatbestandsmässig und rechtswidrig gehandelt hat aber seine Tätigkeit irrtümlicherweise für erlaubt hielt. Art. 20 StGB bezieht sich somit auf einen Irrtum über das Verbotensein bzw. über die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens.¹ Diese Art des Irrtums muss dogmatisch und inhaltlich klar vom Tatbestandsirrtum unterschieden werden², welcher sich auf ein einzelnes Tatbestandsmerkmal³ bezieht und dazu führt, dass nicht von einem in allen Teilen inkonstanten Vorsatz gesprochen werden kann. Beim Verbotsirrtum dagegen erfasst und verwirkt der Täter sämtliche Tatbestandsmerkmale wissentlich und willentlich, er erkennt jedoch die Rechtswidrigkeit der ganzen Tat.⁴ Nachdrücklich hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Rechtssprechung des Bundesgerichts, wonach auch der Irrtum über ein rechtlich geprägtes Tatbestandsmerkmal als Sachverhaltsirrtum qualifiziert werden muss.⁵

-
- 1 Schultz, AT I, S. 205 und 209; Hauser/Rehberg, S.111
 - 2 Auch Sachverhaltsirrtum (Art. 19 StGB); vgl. vorne S. 189 ff. . Der Irrtum gemäss Art. 19 StGB lässt den Vorsatz entfallen, während der Verbotsirrtum nach neuerer Theorie einen Schuldausschluss- bzw. Schuld-milderungsgrund bildet; vgl. Hauser/Rehberg, S. 113 und abweichend Schultz, AT I, S. 175 f. (Befürworter der sogenannten Vorsatztheorie).
 - 3 Oder einzelne Tatbestandsmerkmale.
 - 4 Man könnte auch sagen, es fehle ihm das Bewusstsein, etwas Rechtswidriges zu tun.
 - 5 Z.B. wenn in einem konkreten gesetzlichen Tatbestand die Begriffe "fremd", "Eigentum" oder "pfändbar" usw. verwendet werden; vgl. BGE 82 IV 202; Schultz, AT I, S. 210; Hauser/Rehberg, S. 112

Angewendet auf Art. 163 und Art. 164 StGB ergibt sich, dass ein Irrtum gemäss Art. 19 StGB gegeben ist, wenn der Täter irrtümlich annimmt, ein bestimmter Vermögenswert sei unpfändbar¹, Verbotsirrtum aber dann, wenn er mit Bezug auf die Pfändbarkeit keinem Irrtum unterlag hingegen fälschlicherweise davon ausging, die Veräusserung von pfändbaren Vermögenswerten sei, obwohl zum Nachteil der Gläubiger, erlaubt.² Verbotsirrtum ferner auch dann, wenn der Täter einen Gegenstand zu billig verkauft im vollen Bewusstsein, sein Vermögen zum Nachteil der Gläubiger zu vermindern, aber in keiner Art und Weise daran denkt, dies sei verboten.³ Nichtkenntnis der schlechten Vermögenslage lässt den Benachteiligungsvorsatz entfallen, bildet also einen Tatbestandsirrtum, die Annahme, trotz bekannt schlechter Finanzlage unter den waltenden Umständen zu einer Vermögensminderung berechtigt zu sein, einen Irrtum nach Art. 20 StGB.⁴ Irrtümliche Annahme des Schuldners, nicht Eigentümer oder Berechtigter eines Vermögenswerts zu sein ist Tatbestandsirrtum, glaubt er hingegen fälschlicherweise, er sei zu einer Schenkung berechtigt, ohne an seinem Eigentum zu zweifeln, so ist Verbots-

-
- 1 Vgl. vorne S. 189 f. . Unrichtig m.E. Germann (Verbrechen, S. 297), der Rechtsirrtum annimmt für den Fall, dass der Täter über Gegenstände verfügt, von denen er irrtümlicherweise annimmt, es seien keine Kompetenzstücke. Hier dürfte Versuch, allenfalls untauglicher Versuch gegeben sein.
 - 2 Untauglicher Versuch dagegen, bei irrtümlicher Annahme, ein Gegenstand sei pfändbar. Zur Abgrenzung gegenüber dem untauglichen Versuch vgl. vorne S. 200 ff., gegenüber dem Putativdelikt, vgl. hinten S. 229.
 - 3 Tatbestandsirrtum (Art. 19 StGB) dagegen bei irrtümlicher Annahme, der Kaufpreis sei angemessen.
 - 4 Darin kann ein Irrtum über die aus einem Rechtfertigungsgrund fliessende Befugnis liegen; vgl. hinten S. 229.

irrtum nach Art. 20 StGB gegeben.¹

Vom Verbotsirrtum zu unterscheiden ist das Putativdelikt. Bei diesem nimmt der "Täter" irrtümlicherweise an, das in Wirklichkeit straflose Verhalten sei strafbar.²

Als Verbotsirrtum in Betracht kommt nach Lehre und Rechtsprechung zunächst die völlige Unkenntnis der verletzten Strafnorm.³ M.E. muss diese Möglichkeit beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug im Auge behalten werden, da diese Tatbestände nicht so klar im allgemeinen Rechtsbewusstsein verankert sein dürften wie andere Delikte, beispielsweise Diebstahl, Betrug, Raub usw.⁴ Relevant im Sinne von Art. 20 StGB ist aber auch der Irrtum über Bestehen oder Umfang eines Rechtfertigungsgrundes⁵, ferner die unrichtige Aufklärung über die Rechtslage durch zuständige Stellen, unklare Rechtssprechung, jahrelanges Dulden eines rechtswidrigen Zustandes.⁶ Nach der Praxis des

1 BGE 97 IV 18 ff..In diesem Entscheid wurde allerdings nur das Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes verneint und das Vorhandensein eines Verbotsirrtums gar nicht geprüft.

2 Hauser/Rehberg, S.69 und 112; Schultz, AT I, S.131 f.

3 Schultz, AT I, S.210; Hauser/Rehberg, S.112; BGE 70 IV 100; 104 IV 217

4 Auch Kunz (S.3 f.) äussert sich in dieser Richtung, glaubt jedoch ein indifferentes Unrechtsbewusstsein sei in der Regel vorhanden. Abzustellen ist m.E. stets auf den Einzelfall, die Täterpersönlichkeit, Zeitpunkt der Tatbegehung usw.

5 Irrtum über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ist dagegen Tatbestandsirrtum; vgl. vorne S. 193.

6 BGE 91 IV 164; 91 IV 204; 101 Ia 171; 97 IV 66; SJZ 72(1976) S.12 Nr. 3

Bundesgerichts genügt allerdings bereits das unbestimmte Gefühl des Täters, sein Verhalten verstosse gegen rechtliche oder sittliche Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft, um einen Verbotsirrtum auszuschliessen. Erforderlich ist stets die Annahme des Täters, überhaupt kein Unrecht zu tun; die Vorstellung, sein Verhalten sei nicht strafbar, genügt nicht.¹ Zusätzlich muss der Täter zureichende Gründe für seine Annahme gehabt haben, was nach der Praxis nur dann der Fall ist, wenn sich jeder gewissenhafte Mensch hätte in die Irre führen lassen, ihm also aus seinem Verhalten überhaupt kein Vorwurf gemacht werden kann.² Im Ergebnis schliesst somit jede noch so kleine Schuld am Irrtum die Anwendung von Art. 20 StGB aus³, weshalb der Täter bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen von Art. 20 StGB konsequenterweise straflos gelassen wird.⁴

III. UNZUMUTBARKEIT NORMGEMAESSEN VERHALTENS

Schuldausschlussgründe in diesem Sinne bilden die Ueberschreitung der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung⁵, der entschuldigende Notstand⁶ sowie der

-
- 1 BGE 98 IV 303; 99 IV 185; 99 IV 250; 100 IV 51; 104 IV 217
 - 2 BGE 98 IV 303; 99 IV 185; 103 IV 255
 - 3 Kritik von Schultz, AT I, S.211 f. und Hauser/Rehberg, S. 114
 - 4 Von der in Art. 20 StGB vorgesehenen Möglichkeit der Strafmilderung macht das Bundesgericht keinen Gebrauch.
 - 5 Art. 33 Abs.2 StGB
 - 6 Das gefährdete und das verletzte Rechtsgut sind gleichwertig; der Verzicht auf Ersteres erscheint als nicht zumutbar; vgl. Hauser/Rehberg, S.95 und 115; über die unterschiedlichen Ansichten zur rechtlichen Qualifikation des Notstandes: Schultz, AT I, S. 150.

Nötigungsnotstand, sofern dem Täter eine Verweigerung des von ihm verlangten Verhaltens nicht zuzumuten war.¹

M. KONKURRENZFRAGEN

I. MEHRHEIT VON HANDLUNGEN GEMAESS ART. 163 ZIFF. 1 UND ART. 164 ZIFF. 1 StGB

Begeht der Schuldner oder Dritte mehrere tatsächlich oder scheinbar vermögensmindernde Handlungen im Hinblick auf eine Benachteiligung der Gläubiger im selben Zwangsvollstreckungsverfahren², so wird dies als einheitliches Delikt betrachtet.³

II. KONKURRENZ ZWISCHEN ART. 163/164 StGB UND ANDEREN BETREIBUNGS- UND KONKURSDELIKTEN

1. Art. 163/164 StGB und Art. 323-325 StGB

Soweit der Täter durch seine tatsächlich oder scheinbar vermögensvermindernde Handlung⁴ gleichzeitig einen der

1 Hauser/Rehberg, S.96 und 115; Schultz, AT I, S.214

2 Z.B. der Täter verheimlicht zuerst einen Vermögenswert und veräussert ihn hernach.

3 Caspar, S.43 f.; Schwander, SJK 1128, S.7 und 12; Schwander, SJK 1129, S. 4 f.; Hafter, BT I, S.349; Kunz, S. 43 f.; Germann, Verbrechen, S. 298; Thormann/Overbeck, N.7 zu Art. 165 StGB; Logoz, N.4 zu Art. 165 StGB; Corrodi, S. 47 f.; Willi, S. 74; BGE 89 IV 88

4 Meist wird es um das Verheimlichen von Vermögenswerten gehen.

Uebertretungstatbestände gemäss Art. 323 bis 325 StGB erfüllt, ist nach einhelliger Auffassung in Lehre¹ und Praxis² unechte Idealkonkurrenz (Subsidiarität) anzunehmen. Das bedeutet, dass ausschliesslich Art. 163 und Art. 164 StGB angewendet werden, sobald die Voraussetzungen dieser Bestimmungen vorliegen.³ In vielen Fällen erfüllen die Art. 323 ff. StGB die Funktion von Auffangtatbeständen.

2. Art. 163/164 StGB und Art. 165 StGB

Es würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen, im einzelnen auf die äusserst schwierige und umstrittene Abgrenzung zwischen betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug einerseits sowie leichtsinnigem Konkurs und Vermögensverfall andererseits einzugehen. Stratenwerth⁴ vertritt die Auffassung, bei vorsätzlicher Handlungsweise griffen regelmässig Art. 163 und Art. 164 StGB ein, weshalb das Anwendungsgebiet von Art. 165 StGB praktisch auf die fahrlässige Begehung vermögensmindernder Handlungen beschränkt sei. Dem kann aber m.E. nicht beige-pflichtet werden. Zwar werden auch die von Art. 165 StGB erfassten Handlungen in der Regel vermögensmindernden Charakter aufweisen, doch fällt hier die nur scheinbare

1 Caspar, S. 44; Karmann, S. 34 f.; Kunz, S.99; Stratenwerth, BT I, S. 306; Hafter, BT I, S. 372 (sinngemäss); Schwander, SJK 1133, S.3; Logoz, N.1 zu Art. 323 und N.4 zu Art. 324; Stieger, S.190

2 BGE 88 IV 26; 93 IV 92; 102 IV 174; PKG 1955 Nr. 33; RStrS 1968 Nr. 197; ZR 68(1969) Nr. 39; ZR 44(1945) Nr. 147

3 Zu beachten ist, dass m.E. dann Realkonkurrenz vorliegen kann, wenn die Uebertretung mit dem Verstoss gegen Art. 163/164 StGB in keinem Zusammenhang steht; vgl. Stieger, S.190 Anm.5 (für Art. 166 StGB).

4 Stratenwerth, BT I, S.290; ähnlich Kunz, S.96.

Vermögensverminderung völlig ausser Betracht.¹ Ausserdem umschreibt das Gesetz beim leichtsinnigen Konkurs und Vermögensverfall den Erfolg anders als beim betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug.² Bei Art. 165 StGB scheidet schliesslich auch der Dritte als Täter aus.

Aus diesen Erwägungen heraus ergibt sich, dass in jedem einzelnen Fall überprüft werden muss, welcher gesetzliche Tatbestand erfüllt ist. Einigkeit herrscht darüber, dass Art. 165 StGB dann als subsidiär zurückzutreten hat, wenn ein bestimmtes Verhalten sowohl die Anforderungen von betrügerischem Konkurs oder Pfändungsbetrug als auch diejenigen des leichtsinnigen Konkurses oder Vermögenszerfalls erfüllt, das heisst es liegt ein Fall unechter Idealkonkurrenz vor.³ Ob bei verschiedenen Handlungen des Täters Realkonkurrenz zwischen Art. 163/164 StGB und Art. 165 StGB angenommen werden kann, ist umstritten, doch m.E. mit Hafter und Logoz zu bejahen.⁴

1 Schwander, SJK 1129, S. 5. Die Vermögensminderung erfordert zudem bei Art. 165 StGB gewisse spezifische Qualitäten.

2 Zahlungsunfähigkeit bzw. Verschlimmerung der Vermögenslage. Bei Art. 163/164 StGB bildet - allgemeiner - irgend ein Nachteil für die Gläubiger in der Zwangsvollstreckung den Erfolg. Dies hat, wie Hafter (BT I, S. 348), Logoz (N.2b zu Art. 165 StGB), Müller (S.35) und Kunz (S.95) zu Recht feststellen auch Auswirkungen auf den erforderlichen Vorsatz; gegenteilig: Schwander, SJK 1129, S.5.

3 Schwander, SJK 1129, S.5; Schwander, S.376 Nr. 591; Stratenwerth, BT I, S.290; Germann, Verbrechen, S.298; Kunz, S.96; abweichend: Willi, S.75

4 Hafter, BT I, S.349; Logoz, N.4 zu Art. 165 StGB; Kunz, S.96. Ohne eindeutige Stellungnahme: Germann, Verbrechen, S. 298; Thormann/von Overbeck, N.7 zu Art. 165 StGB.

3. Art. 163/164 StGB und Art. 166 StGB

Gemäss Art. 163 und Art. 164 StGB kann der Täter sein Vermögen auch auf dem Wege falscher Buchführung oder Bilanz zum Nachteil der Gläubiger scheinbar vermindern.¹ Liegt ein entsprechender Benachteiligungsvorsatz vor, so finden bei ein und derselben Handlung lediglich die Bestimmungen von Art. 163/164 StGB Anwendung.² Bei zwei verschiedenen Handlungen kann m.E. auch Realkonkurrenz gegeben sein.

4. Art. 163/164 StGB und Art. 167 StGB

Art. 167 StGB beinhaltet eine Art "milderer Spezialfall" von Art. 163 und Art. 164 StGB, weil es auch bei diesem Delikt um eine Benachteiligung von Gläubigern geht und zwar durch Verminderung des Schuldnervermögens. Dieser Verminderung zu Lasten der einen Gläubiger steht allerdings die Befriedigung oder Sicherstellung anderer Gläubiger gegenüber.³ In objektiver Hinsicht besteht der Unterschied zwischen Art. 167 StGB und Art. 163/Art. 164 StGB in der Umschreibung der Tathandlung, im Wegfallen der Möglichkeit der scheinbaren Verminderung und endlich im Fehlen des Erfordernisses eines Nachteils für die anderen Gläubiger als Erfolg bei Art. 167 StGB.⁴ Zusätzlich verlangt diese Bestimmung das tatsächliche Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit im Moment der tatbe-

1 Vgl. vorne S. 164 ff.

2 Schwander, SJK 1131, S.5; Kunz, S.69. Es liegt unechte Idealkonkurrenz vor.

3 Sog. Wechselwirkung. Stratenwerth, BT I, S.293; Schwander, S. 378 Nr.594; Hafter, BT I, S. 357; BGE 93 IV 19

4 Der Schuldner muss einen solchen Nachteil bloss beabsichtigen.

standsmässigen Handlung.¹ Als Täter kommt lediglich der Schuldner selbst in Frage. Subjektiv ist Benachteiligungsabsicht erforderlich.

Erfüllt ein Verhalten sowohl die Anforderungen von Art. 163/164 StGB als auch jene von Art. 167 StGB, so liegt Idealkonkurrenz vor, das heisst es sind beide Bestimmungen anzuwenden.² Bei auseinanderfallenden Handlungen ist auch Realkonkurrenz möglich.³

5. Art. 163/164 StGB und Art. 169 StGB

Gegen Art. 169 StGB verstösst, wer eigenmächtig über amtlich aufgezeichnete Sachen zum Nachteil der Gläubiger verfügt oder solche beschädigt, zerstört, entwertet oder unbrauchbar macht. Als Täter kommen sowohl der Schuldner als auch Dritte in Frage.⁴ Tatobjekt können über den Wortlaut von Art. 169 StGB hinaus auch Forderungen sein.⁵ Die Tathandlung erstreckt sich auch auf das Verfügen. Darunter ist jede rechtsgeschäftliche und tatsächliche

1 Stratenwerth, BT I, S.294; Rehberg, S.96; BGE 104 IV 80

2 Beispiele bei Schwander, SJK 1129, S.8; Caspar, S.45 und Kunz, S.97 f.; vgl. auch Logoz, N.6 zu Art. 167 StGB und Thormann/von Overbeck, N.9 zu Art. 167 StGB.

3 Kunz, S.98. Der von diesem Autor erwähnte Fall der nachträglichen Verpfändung eines zuerst verheimlichten Vermögensstücks steht nur bei oberflächlicher Betrachtung in unechter Realkonkurrenz zu Art. 163/164 StGB (sog. straflose Nachtat), da in jenem Fall bei der Verpfändung eine selbständige Schädigungsabsicht fehlte.

4 Stratenwerth, BT I, S.298; Rehberg, S. 100

5 BGE 87 IV 118; 96 IV 112; Stratenwerth, BT I, S.298; Rehberg, S.100; Schwander, S.378 Nr. 595 Ziff.1

Disposition zu verstehen.¹ Eigenmächtigkeit liegt vor bei jeder Verletzung gesetzlicher Vorschriften oder spezieller amtlicher Anordnungen.² Der erforderliche Nachteil ist gegeben bei jeder irgendwie gearteten Erschwerung des Zwangsverwertungsverfahrens.³ Der Täter muss vorsätzlich handeln.

Diese Ausführungen zeigen, dass der objektive Tatbestand von Art. 163/164 StGB einerseits und jener von Art. 169 StGB andererseits praktisch identisch sind. Die Bestimmungen unterscheiden sich lediglich durch das beim Verstrickungsbruch erforderliche Merkmal der amtlichen Aufzeichnung. Daraus wird m.E. zu Recht geschlossen, Art. 169 StGB gehe als speziellerer Tatbestand dem betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug vor.⁴ Erfüllt somit eine Handlung alle Merkmale sowohl von Art. 163/164

1 Z.B. das Verstecken, Verbergen etc.; vgl. BGE 75 IV 64; Stratenwerth, BT I, S.300; Rehberg, S.100; Schwander, S. 379 Nr. 595 Ziff.3. Einzelne Handlungen wie z.B. das Vortäuschen von Schulden oder das Anerkennen vorge-täuschter Forderungen können indessen nicht als Verfügen qualifiziert werden, weshalb hier stets Fälle von Art. 163/164 StGB gegeben sind; vgl. vorne S. 127 ff. .

2 Stratenwerth, BT I, S. 299

3 BGE 75 IV 64; Stratenwerth, BT I, S.300; Rehberg, S.100

4 Caspar, S. 44 f.; Hafter, BT I, S. 343; Hafter II, S. 13; Schwander, SJK 1128, S. 8 und SJK 1130 S.6; Schwander, S. 379 Nr. 595 Ziff.4; Logoz, N.4 zu Art. 163 StGB; Kunz, S. 71 ff.; PKG 1954 Nr. 39. Kritisch: Karmann, S. 48 ff.. Abweichend: SJZ 56 (1960) S. 44 Nr. 19.

StGB als auch von Art. 169 StGB¹, so wird ausschliesslich die letztere Bestimmung angewendet, das heisst es ist unechte Idealkonkurrenz gegeben. Dies führt zum Ergebnis, dass der Täter milder bestraft werden kann als beim betrügerischen Konkurs oder Pfändungsbetrug, obwohl nebst den Gläubigerinteressen auch noch die staatliche Autorität verletzt ist. De lege lata ist dieses Problem jedoch nicht lösbar.² Bei verschiedenen Handlungen kann m.E. auch Realkonkurrenz zwischen Art. 163/164 StGB und Art. 169 StGB vorliegen, beispielsweise wenn der Schuldner bei der Pfändung einen Gegenstand verheimlicht, dieser nach einiger Zeit per Zufall entdeckt wird und trotzdem noch gepfändet werden kann, worauf der Schuldner sich entschliesst, diesen Gegenstand eigenmächtig zu verschenken.

III. KONKURRENZ ZWISCHEN ART. 163/164 StGB UND WEITEREN TATBESTAENDEN DES StGB

1. Art. 163/164 StGB und Art. 140 StGB

Caspar³ und Kunz⁴ vertreten unter Hinweis auf zwei un-

1 Zeitlich muss diese Handlung notwendigerweise nach Arrestaufnahme, Pfändung, Inventarisierung oder Aufnahme des Güterverzeichnisses liegen; vgl. Schwander, SJK 1128, S. 8; Kunz, S.71; Stratenwerth, BT I, S.299. Betrifft der Angriff des Täters noch nicht aufgezeichnetes Vermögen, so ist auch später noch betrügerischer Konkurs oder Pfändungsbetrug möglich; vgl. Schwander, SJK 1128, S.8.

2 Caspar, S.44; Hafter, BT I, S.343; Hafter II, S.13; Stratenwerth, BT I, S.299; Kunz, S.71; Protokoll Expertenkommission II, S.393 und 413. Die Lösungsversuche von Karmann (S.48 ff.) vermögen nicht zu überzeugen.

3 Caspar, S.46

4 Kunz, S. 93 ff.

veröffentlichte Entscheidungen des Bundesgerichts¹ sowie ein Urteil des Basler Appellationsgerichts² die Auffassung, Idealkonkurrenz zwischen betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug sowie Veruntreuung sei dann möglich, wenn der Direktor einer Gesellschaft sich anvertraute Mittel aneigne bzw. unrechtmässig zum eigenen Nutzen verwende, da weder Art. 163/164 StGB noch Art. 140 StGB das Verhalten voll zu erfassen vermöchten.³ Zu Recht streicht jedoch Kunz deutlich heraus, dass diesfalls beim Täter gleichzeitig der Vorsatz der Gläubigerschädigung vorgelegen haben und objektiv ein entsprechender Erfolg auch eingetreten sein muss.⁴

2. Art. 163/164 StGB und Art. 148 StGB

In einigen Fällen scheinbarer Vermögensverminderung⁵ kann die Tathandlung von Art. 163/164 StGB mit jener des Art. 148 StGB übereinstimmen. Unterschiede bestehen indessen bei der Umschreibung des Erfolgs sowie beim subjektiven Tatbestand. Sollten - was indessen selten vorkommen wird - die objektiven und subjektiven Merkmale beider Delikte gegeben sein, so nehmen Lehre und Praxis,

1 Entscheidung vom 27.4.51 i.S.N. und 6.9.54 i.S. G.

2 Entscheidung vom 31.5.50 i.S.N.

3 Geschütztes Rechtsgut ist bei Art. 140 StGB das Gesellschaftsvermögen, bei Art. 163/164 StGB die Geldforderungen der Gläubiger.

4 Kunz, S.94

5 Insbesondere beim Verheimlichen sowie bei der Anerkennung vorgetäuschter Forderungen; vgl. die Beispiele bei Willi, S. 76 f. und Löffler, S. 87. Ferner: Schwander, SJK 1128, S. 13 und Löffler, S. 84.

soweit sie auf das Problem eingehen, unechte Idealkonkurrenz an, das heisst es wird lediglich Art. 163/164 StGB als lex specialis angewendet.¹ Das ist m.E. vertretbar, da Art. 148 StGB das Vermögen des Dritten überhaupt, Art. 163/164 StGB indessen - spezifischer - die Geldforderungen schützen.²

3. Art. 163/164 StGB und Art. 147 StGB

Idealkonkurrenz zwischen betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug sowie Art. 147 StGB ist denkbar, wenn sämtliche Voraussetzungen beider Delikte erfüllt sind.³ Dazu gehört bei Art. 163 und Art. 164 StGB selbstverständlich der Eintritt eines Nachteils für die Gläubiger. Ein solcher wird in der Praxis nur dann gegeben sein, wenn das Pfand mehr wert ist als die Forderungen der betreffenden Pfandgläubiger, so dass durch den Entzug ein Verlust der nicht pfandgesicherten Gläubiger in der Zwangsverwertung resultiert.⁴

1 Schwander, SJK 1128, S.13; Hafter, BT I, S. 336; Hafter II, S. 4; Willi, S. 77; Logoz, N.3 zu Art. 163 StGB; PKG 1948 Nr.19; abweichend wohl Wegelin, S. 92 ff.(für das frühere sanktgallische Recht).

2 In BGE 105 IV 315 ff. hat das Bundesgericht völlig zu Recht entschieden, das Verheimlichen von Vermögenswerten durch den Schuldner in der Betreibung einer aus einem vorhergehenden Betrug resultierenden Schadenersatzforderung sei ein selbstständiges Delikt und nicht bloss straflose Nachtat.

3 Zu beachten ist, dass Art. 147 StGB bloss Schädigungsabsicht verlangt.

4 Schwander, SJK 1128, S.13

4. Art. 163/164 StGB und Art. 251 bzw. Art. 253 StGB

In BGE IV 105 ff.¹ hat das Bundesgericht entschieden, bei Anerkennung vorgetäuschter Forderungen durch den Schuldner gegenüber dem Konkursbeamten sowie daraus herrührender Aufnahme dieser Forderung in den Kollokationsplan sei lediglich betrügerischer Konkurs² und nicht auch Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB) erfüllt.³ Zur Begründung wird ausgeführt, Anmeldung und Anerkennung von fiktiven Forderungen müssten notwendigerweise in den Protokollen des Konkursamtes Erwähnung finden. Da dieses Verhalten aber bereits Tatbestandsmerkmal von Art. 163 StGB sei, werde Art. 253 StGB vollständig konsumiert. M.E. kann diese Rechtsprechung grundsätzlich auf die übrigen in Art. 163/164 StGB erwähnten Fälle scheinbarer Vermögensverminderung ausgedehnt werden, da dabei ebenfalls inhaltlich unrichtige, weil unvollständige Urkunden⁴ resultieren können.

Im Verhältnis zu Art. 251 StGB bezeichnet Schwander⁵

1 Praxis 68 (1979) Nr. 196

2 Analog wäre wohl auch beim Pfändungsbetrug zu entscheiden.

3 Es liegt somit unechte Idealkonkurrenz vor.

4 Auszunehmen sind jene Fälle, in welchen nicht in der Urkunde selbst auf die Vollständigkeit der erfassten Werte Bezug genommen wird. Da bei genügender Deckung nur soviel wie nötig gepfändet werden muss, kann von Unvollständigkeit der Urkunde praktisch nur dann gesprochen werden, wenn die vorhandenen Aktiven zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichen.

5 Schwander, SJK 1128, S.13; vgl.auch Stieger, S. 195

Idealkonkurrenz als möglich, doch könne diese herrschende Lehre als anfechtbar bezeichnet werden. Dies trifft m.E. aber nicht zu. Art. 163 und Art. 164 StGB erfordern nicht notwendigerweise die Herstellung und Verwendung unechter oder unwahrer Urkunden durch den Täter. Art. 251 StGB schützt zudem das Rechtsgut des öffentlichen Glaubens¹, betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug dagegen die Geldforderungen der Gläubiger.²

N. VERFAHRENSRECHTLICHE PROBLEME

I. GERICHTSSTAND

Gemäss Art. 346 StGB sind für die Beurteilung und die Verfolgung einer strafbaren Handlung grundsätzlich die Behörden jenes Ortes zuständig, wo die strafbare Handlung ausgeführt wurde. Liegt nur der Ort des Erfolgsintritts in der Schweiz³, so liegt die Zuständigkeit bei den Behörden dieses Ortes. Für den Fall, dass eine strafbare Handlung an mehreren Orten ausgeführt worden bzw. der Erfolg an mehreren Orten eingetreten ist, sind

-
- 1 Schwander, S. 451 Nr. 685; Thormann/von Overbeck, N.1 Vorbemerkungen zu Art. 251 - 257 StGB; Stratenwerth, BT I, S. 142 (Sicherheit des Rechtsverkehrs).
 - 2 Auch bei Betrug und Urkundenfälschung wird aus diesem Grund Idealkonkurrenz angenommen.
 - 3 Dies betrifft Fälle, in denen die strafbare Handlung im Ausland verübt worden ist.

die Behörden jenes Ortes für Verfolgung und Beurteilung zuständig, an dem die Untersuchung zuerst angehoben wurde.

Das Bundesgericht hat bereits früh diese Regeln aus Zweckmässigkeitsüberlegungen heraus als für die Betreibungs- und Konkursdelikte nicht anwendbar erklärt.¹

In konstanter Praxis bezeichnete es bei derartigen Delikten die Behörden jenes Ortes als zuständig, an welchem der Schuldner zur Zeit der Handlung seinen Wohn- oder Geschäftssitz hatte und zwar auch dann, wenn dieser Ort nicht mit dem späteren Betreibungs- und Konkursort übereinstimmte.²

Mit Entscheid BGE 106 IV 31 ff. hat nun das Bundesgericht eine Praxisänderung vorgenommen und die Behörden am Ort der Konkurseröffnung als zuständig erklärt, sofern dieser mit dem Sitz der Firma³ zusammenfällt und dieser

-
- 1 BGE 72 IV 91. M.E. überzeugt die vom Bundesgericht vertretene Argumentation nicht. Mit derselben Begründung könnte Art. 346 StGB auch bei zahlreichen anderen Delikten für nicht anwendbar erklärt werden. Die Lösung von Gerichtsstandskonflikten ist notwendigerweise vielfach mit Zufälligkeiten verbunden, so etwa in all jenen Fällen, in denen auf den Ort der ersten Untersuchungshandlung abgestellt wird (Art. 346 Abs.2 StGB, Art. 350 Abs.2 StGB), wo oftmals die Gegebenheiten des Einzelfalls nicht optimal berücksichtigt sind. Entgegen Hafter (BT I, S. 343) ermöglichen zudem bereits die vorhandenen Regeln (Art. 346, Art. 350 StGB), die Betreibungs- und Konkursdelikte an einem Ort zu verfolgen und zu bestrafen.
 - 2 BGE 73 IV 57; 81 IV 65 ff. (= Praxis 44(1955) Nr.82. Als Begründung wurde angeführt, das Schwergewicht befinde sich am Ort des Vermögens und dieses sei in der Regel am Wohn- oder Geschäftssitz des Schuldners. Dies ist jedoch ebenfalls nicht mehr als eine Hypothese.
 - 3 Analog müsste bei natürlichen Personen wohl auf den Wohnsitz bzw. den Ort der Betreibung abgestellt werden.

Sitz nicht als bloss fiktiv qualifiziert werden muss.¹

Es ist anzunehmen, dass diese Regelung auch dann gilt, wenn die strafbare Handlung im Ausland verübt worden ist und sich der Konkursort in der Schweiz befindet. Hingegen dürfte bei mehreren Delikten wohl nach wie vor Art. 350 StGB zur Anwendung gelangen, sofern nicht ausschliesslich Betreibungs- und Konkursdelikte gegeben sind. Offen lässt das Bundesgericht die Frage, wie zu entscheiden ist, falls Geschäfts- oder Wohnsitz nicht mit dem Betreibungs- oder Konkursort zusammenfallen bzw. falls Geschäfts- oder Wohnsitz nur fiktiv sind. Es muss angenommen werden, dass das Bundesgericht diesfalls nicht auf den Betreibungs- oder Konkursort, sondern auf den tatsächlichen Wohn- oder Geschäftssitz abstellen würde und zwar - entgegen der früheren Praxis - auf jenen im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bzw. der Betreibung.²

-
- 1 Es wurde somit weiterhin an der These, bei den Betreibungs- und Konkursdelikten sei ein Sondergerichtsstand erforderlich, festgehalten. Immerhin ist m.E. der Betreibungs- oder Konkursort als Spezialdomizil dem Wohn- oder Geschäftssitz zur Zeit der Handlung (frühere Praxis) vorzuziehen, zumal es sich nach meiner Auffassung dabei um den Ort des Erfolgseintritts handelt; vgl. vorne S. 178 ff. . Aus der Sicht der Praxis muss bedauert werden, dass das Bundesgericht diesen Gerichtsstand mit Bedingungen versehen hat, was nicht ganz verständlich ist, weil in BGE 106 IV 31 ff. die enge Verflechtung mit dem Betreibungs- und Konkursverfahren ebenfalls betont wird.
 - 2 Da das Bundesgericht neuerdings den engen Zusammenhang dieser Delikte zum Betreibungs- und Konkursverfahren hervorhebt, erscheint ein Zurückgehen auf den früheren Wohnsitz als wenig wahrscheinlich. Nach meiner Auffassung wäre es allerdings vorzuziehen, in derartigen Fällen nicht einen anderen Spezialgerichtsstand zu konstruieren, sondern wenigstens hier die Regeln von Art. 346 und Art. 350 StGB anzuwenden.

Entgegen der Ansicht von Caspar¹ ist es nicht gerechtfertigt, diese Praxis nicht auch auf jene Fälle anzuwenden, in denen die Tat durch einen Dritten begangen wird.²

II. VERJAEHRUNG

In Entscheid 101 IV 20 ff.³ hat das Bundesgericht mit einlässlicher Begründung festgehalten, der Beginn der Verfolgungsverjährung (Art. 71 StGB) sei auf den Tag, an dem die Handlung oder Unterlassung begangen wurde, und nicht auf jenen des Eintritts der objektiven Strafbarkeitsbedingung festzulegen.⁴

O. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Zu seinen Erfahrungen über zweifelhafte Machenschaften im Zusammenhang mit dem Betreibungs- und Konkursverfahren macht Früh⁵ folgende Ausführungen: "Wenn man wissen will, was nicht

1 Caspar, S.43

2 Da bei der Argumentation des Bundesgerichts der Rechtsgüterschutz sowie die Verflechtung mit dem Betreibungs- oder Konkursverfahren im Vordergrund stehen, kann m.E. bei der Gerichtstandbestimmung nichts darauf ankommen, ob der Schuldner oder ein Dritter Täter ist.

3 Praxis 64 (1975) Nr.106

4 Hafter, BT I, S.344; Logoz, N.5 zu Art. 163 StGB; Germann, Verbrechen, S. 294; Thormann/von Overbeck, N.9 zu Art. 163 StGB; Hafter II, S.15; Caspar, S.42; Rehberg, S.93; Schultz, AT I, S. 227; Hauser/Rehberg, S. 153. Abweichend: Schwander, SJK 1128, S.14 und Schwander, S. 111 Nr. 227

5 Früh P., Bankgeschäfte und ihre möglichen strafrechtlichen Folgen, Referat im Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich 1963/64 (Vervielfältigung), S. 20 f.

nur im Frankreich des letzten Jahrhunderts, sondern auch bei uns in dieser Beziehung vorkommt, und was wir in allen Einzelheiten als Vertreter der Bank bei Konkursen und Nachlassverträgen schon erlebt haben, so lese man das Kapital "Histoire général de la faillite" in Balzac's Werk "César Birotteau", worin das ganze bei solchen Gelegenheiten aufgeführte Spiel beschrieben ist: das Bestreben des Schuldners, das Schuldbetreibungsgesetz raffiniert zu umgehen und durch alle möglichen "Trölereien" den Gläubigern den Schnauf ausgehen zu lassen, bis sie einem schäbigen Nachlassvertrag zustimmen, statt langwierige und kostspielige Prozesse zu führen, oder bis sie ihre Forderungen zu einem Schundpreis an Leute verkaufen, hinter denen oft der Schuldner steckt; dann die Intrigen der verschiedenen Gläubigergruppen gegeneinander, woran sich auch falsche, vom Schuldner vorgeschobene und als seine Strohmannen tätige Gläubiger wacker beteiligen; ferner Gläubigerausschüsse, die auf Kosten der übrigen Gläubiger leben und ein Doppelspiel gegenüber Gläubigern und Schuldnern treiben; Sachwalter, die die Interessen der Gläubiger wahren sollten und zum Mann des Schuldners werden; Stimmenkäufe zwecks Erreichung eines Nachlassvertrags durch Gewährung von Sondervorteilen an einzelne Gläubiger." Diese Worte aus der Praxis führen die Notwendigkeit der Statuierung von Tatbeständen zum Schutz der Gläubiger in der Zwangsverwertung deutlicher vor Augen als grosse theoretische Abhandlungen, eine Notwendigkeit, die seit jeher erkannt worden ist, jedoch auf unvorstellbar vielfältige Weise angegangen und gelöst wurde.

M.E. bieten die Betreibungs- und Konkursdelikte im Schweizerischen StGB im allgemeinen sowie Art. 163 und Art. 164 StGB im besonderen ein durchaus taugliches Instrumentarium zur Bekämpfung unsauberer Machenschaften im Hinblick auf oder während eines Zwangsverwertungsverfahrens. Dies heisst nicht, dass sowohl in ihrer praktischen Anwendung durch Strafuntersuchungsorgane und Gerichte als auch in ihrer Formulierung durch das Gesetz keine Verbesserungen mehr zu erzielen wären. Gerade die durch den Wortlaut gesetzten Grenzen der Auslegung in wesentlichen Punkten wie etwa bei der Berücksichtigung wirtschaftlich sinnvollen Verhaltens des Schuldners oder anderer gerechtfertigter und notwendiger Handlungen vermögensvermindernder Art lassen eine zukünftige Revision von Art. 163 und Art. 164 StGB als notwendig erscheinen. Ziel einer solchen müsste m.E. vor allem die Schaffung eines einheitlichen Tatbestands für Pfändung und Konkurs, die Ausmerzung oder Abänderung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen, Weglassen der bisherigen kasuistischen Behandlungsweise und die Beschränkung der Strafbarkeit auf wirtschaftlich nicht sinnvolles oder nicht notwendiges Handeln des Schuldners oder Dritten bereits beim objektiven Tatbestand sein. Es bleibt zu hoffen, dass die vorliegende Arbeit sowohl im Hinblick auf eine zukünftige Gesetzesänderung wie auch dem Praktiker bei der Anwendung der bestehenden Bestimmungen einige Anregungen zu vermitteln vermag.

Lebenslauf

Am 18. Februar 1949 wurde ich in Winterthur geboren. Dort besuchte ich die Primarschule und das Gymnasium. 1968 bestand ich die Maturitätsprüfung Typus B. Im gleichen Jahr immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Das Studium wurde unterbrochen durch Militärdienst und ein einjähriges Praktikum bei der Rechtsabteilung einer Grossbank. 1974 bestand ich die Lizentiatsprüfung und nahm anschliessend die Tätigkeit als Auditor, Sekretär und nebenamtlicher Ersatzrichter am Bezirksgericht Zürich auf. 1976 erwarb ich das zürcherische Rechtsanwaltspatent. Seit 1977 bin ich an der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, seit Mai 1979 auch bei der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte im Kanton Zürich als Sekretär tätig. Am 26. Mai 1982 erfolgte die Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft.

